PIERO CALAMANDREI

OPERE GIURIDICHE

VIII

ALTRI STUDI SULLA CASSAZIONE CIVILE, SUI VIZI DELLA SENTENZA E SULLE IMPUGNAZIONI

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO

Roma TrE-Press
2019

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

La memoria del diritto

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

8

Piero Calamandrei

OPERE GIURIDICHE
Volume VIII

Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni

Presentazione di Giovanni Pugliese

Riedizione a cura della
Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei
Istituzione del Comune di Montepulciano
e della
Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" – Roma

RomaTrE-Press
2019

Comitato scientifico della Collana:
Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press
Roma, settembre 2019
ISBN: 978-88-32136-55-5

http://romatrepress.uniroma3.it

Le eredi di Piero Calamandrei, titolari dei diritti sulle sue opere, hanno autorizzato la Roma TrE-Press a diffondere in *open access* questo volume i cui contenuti sono assoggettati alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International Licence* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale. Il volume, oltre che sulla piattaforma della Roma TrE-Press è disponibile su quella di Google Books.

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
La memoria del diritto

Con la Collana "*La memoria del diritto*" il Dipartimento di Giurisprudenza di Roma Tre intende offrire alle comunità dei giuristi, italiani e stranieri, la possibilità di accedere, a distanza e in formato digitale, a classici ormai introvabili e spesso conservati ormai nei "fondi" delle Biblioteche.

Il diritto è una disciplina intrinsecamente storica, costruita su materiali normativi e concettuali che si sono formati e stratificati con il passare dei secoli. La conoscenza delle opere dei grandi Maestri risponde ad esigenze al tempo stesso metodologiche e culturali. "Memoria" è un vocabolo che esprime una tensione creatrice fondata sullo studio e la rivisitazione del passato.

Questa Collana si aggiunge all'altra Collana di Dipartimento "*L'unità del diritto*" esprimendo la complessità, ma anche la unitarietà diacronica e sincronica, del fenomeno giuridico.

La opzione per pubblicazioni in *open access* risponde pienamente al progetto di Dipartimento di Eccellenza: l'Università in quanto istituzione di formazione e di ricerca finanziata da risorse pubbliche ha un obbligo – ma anche un precipuo interesse – a diffondere con un raggio quanto più ampio i risultati delle proprie attività, creando esternalità positive e offrendo la possibilità anche a chi non è direttamente impegnato nella ricerca universitaria a sviluppare proprie piste di indagine e arricchendo i propri orizzonti culturali.

La scelta di inaugurare la Collana con i dieci volumi delle "Opere Giuridiche" di Piero Calamandrei vuole essere emblematica, creando un ponte intellettuale che copre oltre un secolo e che si proietta, grazie alla acutezza del grande Giurista e uomo politico, nella contemporaneità.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Presentazione della riedizione

La Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei, istituzione del Comune di Montepulciano e la Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" di Roma sono liete di rendere accessibili agli studiosi del diritto così come ad un più ampio pubblico le "Opere Giuridiche" di Piero Calamandrei, attualmente purtroppo reperibili solo nelle biblioteche.

L'opera multiforme di Piero Calamandrei (1889-1956) spazia dal diritto alla letteratura, alla poesia, alla pittura, alla fotografia e non cessa di offrire spunti attualissimi di acuta riflessione sulle istituzioni, i principi che le devono reggere, i rischi e le sfide della democrazia.

Queste "Opere Giuridiche" possono dunque essere lette in congiunzione, non solo ideale, con quelle pubblicate o ripubblicate in questi anni grazie alla cura di eminenti giuristi e studiosi ed ai tanti ritrovamenti archivistici di inediti significativi. Oltre ai classici *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, l'*Inventario della casa di campagna* e *Uomini e città della resistenza* citiamo l'edizione integrale dei *Diari (1939-1945),* gli inediti *Fede nel diritto, Non c'è libertà senza legalità , Il fascismo come regime della menzogna* e le raccolte *L'avvenire dei diritti di libertà, Patologia della corruzione parlamentare, Per la scuola, La burla di primavera* .

Nel licenziare l'opera per la sua diffusione planetaria in *open access* un particolare ringraziamento va a Google Books e alla sua squadra, che ha curato una scansione digitale di qualità, a Matilda Cappelletti, figlia di Mauro Cappelletti allievo prediletto di Calamandrei e curatore, fra gli anni '70 e '80, della edizione delle "Opere Giuridiche", al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre che ha voluto dare vita, per l'occasio-

ne, alla Collana "*La memoria del diritto*", un titolo che pensiamo sarebbe piaciuto al grande Maestro. Ed infine alla Roma TrE-Press che continua nella sua meritoria opera di rendere accessibile a tutti, senza oneri, i risultati delle ricerche universitarie.

Silvia Calamandrei
Presidente della Biblioteca
e Archivio Storico
Istituzione del Comune di Montepulciano

Vincenzo Zeno-Zencovich
Presidente della Fondazione
"Centro di iniziativa giuridica
Piero Calamandrei" - Roma

ATTUALITA' DI PIERO CALAMANDREI, PROCESSUALISTA

1.- Ristampare oggi le *Opere giuridiche* di Piero Calamandrei non è soltanto un modo efficace per offrire agli studiosi del processo civile un facile accesso a preziosi volumi ormai fuori commercio; significa anche e soprattutto riconoscere il profondo legame fra le origini della dottrina processualcivilistica e il futuro del processo civile, che attraversa il passato meno recente per giungere fino all'attuale presente, secondo una continuità e un destino che sono in realtà fuori dal tempo, ciò che avviene solo ed esclusivamente per i "classici".

Questa consapevolezza era già viva nei giuristi del passato che, con amorevole cura e lungimirante dedizione, ebbero l'idea di raccogliere – sotto la guida di Mauro Cappelletti – tutti gli studi giuridici di Piero Calamandrei: le monografie sulla *Cassazione civile* e sulla *Chiamata in garanzia*, le *Istituzioni del processo civile* e gli scritti che si fa fatica a qualificare come «minori», costituendo delle vere e proprie pietre miliari in tema di teoria generale del processo, di prova civile, di vizi della sentenza e mezzi di impugnazione, di tutela cautelare e di giustizia costituzionale.

A quella lodevole iniziativa parteciparono, con brillanti saggi introduttivi, studiosi del calibro di Virgilio Andrioli, Enrico Tullio Liebman, Tito Carnacini, Vittorio Denti, Giovanni Pugliese, Costantino Mortati, riuniti dall'idea di appartenere ad una comunità accademica coesa e consapevoli di essere di fronte a studi di intramontabile valore, i quali vennero presentati con il rispetto e con l'ammirazione che merita un autentico fondatore della disciplina.

Chiunque rilegga oggi uno qualsiasi dei saggi di Piero Calamandrei ne può constatare la profondità del pensiero, la ricchezza degli spunti, l'originalità dei risultati, l'eleganza della prosa, la viva e perdurante attualità.

La vastità del pensiero dell'insigne giurista fiorentino – che è stato ad un tempo Professore di diritto processuale civile, Rettore dell'Università degli Studi di Firenze, Presidente del Consiglio Nazionale forense e Deputato dell'Assemblea Costituente – non si presta ad una minuta e noiosa rassegna, proprio per la straordinarietà della sua vita scientifica e umana. Ci limitiamo , quindi, a segnalare alcune delle idee più significative del suo insegnamento, che possono ormai considerarsi patrimonio comune dell'odierna dottrina processualcivilistica, anche in considerazione dei successivi sviluppi: la natura della Cassazione civile, la visione del processo come gioco, la funzione della tutela cautelare, i concetti di verità e di verosimiglianza nel processo.

2.- La Cassazione, quale organo supremo di giustizia e regolatore dei rapporti tra le diverse giurisdizioni, costituisce il risultato più significativo ed importante dell'opera scientifica di Piero Calamandrei, sebbene, all'epoca, questa avesse suscitato le perplessità ricordate da Virgilio Andrioli.
Nel 1933, nel decennale della Cassazione unica, Piero Calamandrei scriveva che «la porta, per la quale la scienza del diritto entra più liberamente nelle aule di giustizia, è quella della Cassazione unificata».
Nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente, quando si discuteva dell'art. 102, corrispondente all'attuale settimo comma dell'art. 111 Cost., Piero Calamandrei arrivò in ritardo. Nella prima parte del dibattito, Giovanni Leone difese la proposta della Commissione contro gli emendamenti diretti a reistituire le Cassazioni regionali, sostenuti anche da Palmiro Togliatti e da Vittorio Emanuele Orlando.
Nel rinnovato quadro normativo, ma quando si riteneva ancora che parte delle disposizioni della Carta fondamentale della Repubblica fossero meramente «programmatiche», la Cassazione riconobbe che l'art. 111, comma 2 (oggi 7), avesse immediata portata precettiva (Cass., sez. un., 30 luglio 1953, n. 2593, in *Foro it.*, 1953, I, 1248).
L'assemblea generale della Corte di Cassazione del 23 aprile 1999 aveva segnalato i rischi paventati per l'attività della Corte.
La crescita esponenziale dei ricorsi, dipendente in buona parte anche dalla riforma del contenzioso tributario e, da ultimo, dalle controversie in materia di immigrazione, ha creato, per la Corte, una situazione di emergenza.
Quest'ultima, a sua volta, ha suscitato una frenesia legislativa che, pur diretta

a porre rimedio, ha fatto del procedimento di legittimità un gioco dell'oca (*Foro it.*, 2018, V, 213), privo di oggettiva base razionale e mortificante anche per i magistrati.
La cattedrale della giustizia è un edificio alla manutenzione del quale contribuiscono gli studiosi e gli operatori.
La porta, che Piero Calamandrei ha contribuito ad aprire e che salutava con soddisfazione nel decennale della Cassazione unica, è mantenuta aperta dal dialogo sui contrasti di giurisprudenza e sulle questioni processuali controverse.
Il controllo di legalità che la Costituzione ha affidato alla Corte, anche grazie al contributo di Piero Calamandrei, presuppone che, come prevede la legge, le decisioni siano il frutto di un'opera collegiale e del confronto aperto anche all'esterno.
Non mancano, anche a causa della enorme mole di lavoro, note autonome, che si distaccano dall'armonia dell'orchestra.
Proprio in riferimento al contributo giovanile di Piero Calamandrei, che aveva segnato i confini dell'istituto, si è affermato che «la distinzione tra garanzia propria e impropria è destituita di fondamento e che tutte le fattispecie ricondotte all'una e all'altra categoria devono andare soggette alla medesima disciplina processuale» (così Cass., sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707).
Grazie alla porta aperta da Piero Calamandrei, anche in relazione a questa decisione, che ha disatteso una tradizione consolidata e l'espressa previsione normativa di cui all'art. 106 c.p.c., che appunto distingue la comunanza di causa e la chiamata in garanzia, le reazioni degli studiosi hanno proseguito il dialogo, che può trovare nuova linfa nella ripubblicazione anche della monografia del 1913.

3.- Un indubbio pregio delle opere di Calamandrei, che ne costituisce uno dei tratti di maggiore fascino, consiste nel felicissimo connubio fra l'alto valore delle sue riflessioni scientifiche e la considerazione dell'esperienza processuale, il suo vivo e concreto pulsare nel cuore degli uomini.
L'esempio forse più apprezzabile di questo legame fra teoria e pratica del processo si trova nel celeberrimo e suadente saggio sul *Processo come giuoco* pubblicato sulla *Rivista di diritto processuale* del 1950, nel quale si osservava che «se il giurista 'puro' può prendersi il lusso di trattar le leggi come congegni di precisione», solo a questo non può limitarsi l'avvocato, «il quale

deve ad ogni istante ricordarsi che ogni uomo è una persona, cioè un mondo morale unico ed originale, che dinnanzi alle leggi si comporta secondo i suoi gusti e i suoi interessi, in maniera imprevedibile e spesso sorprendente».
E questa unicità ciascuna parte la dimostra appunto nel *gioco del processo*, che fra i suoi scopi istituzionali contempla ovviamente quello di amministrare la giustizia, ma che al tempo stesso è il luogo dello scontro dialettico fra intelligenze, per il quale è assai calzante il proverbio popolare secondo cui per vincere una causa occorrono diversi ingredienti: l'*avere ragione*, il *saperla esporre*, il *trovare chi la intenda* e *che la voglia dare*, e alla fine *il debitore che possa pagare*.
L'esito del combattimento giudiziario dipende insomma non solo dalle ragioni, ma anche dall'abilità nel giocare la partita, dalla somma dei comportamenti dei litiganti, dalle loro astuzie, dall'efficacia delle loro mosse a sorpresa. Eppure, anche questa visione agonistica del processo non può dirsi completa, perché – come riconosce espressamente lo stesso Calamandrei – la libertà della tattica processuale è limitata dall'obbligo delle parti e dei loro difensori di comportarsi in giudizio con lealtà e probità.
Controversa è tuttavia l'interpretazione di questa clausola generale e quindi eternamente si discute, oggi come allora, dell'abuso del processo, dei contorni della responsabilità per mala fede processuale, del significato del dolo revocatorio, del valore degli argomenti di prova ricavabili dal contegno processuale dei litiganti, del problema dell'obbligo delle parti di dire il vero nel processo. Ed è questo uno degli aspetti più vitali, ancora oggi attualissimo, dell'insegnamento di Piero Calamandrei.

4.- «Credo che – osserva Vittorio Denti nella Presentazione del IX volume – da molti degli scritti minori, più che dalle grandi opere sistematiche, dovrà prendere le mosse chi vorrà ricostruire la figura e l'opera di Piero Calamandrei». È vero anche, d'altro canto, che fra gli scritti minori di Calamandrei alcuni assumono una particolare importanza sia per la grande influenza che hanno avuto sulla riflessione successiva intorno agli argomenti da essi trattati, sia per la straordinaria finezza ed attualità dei loro contenuti. È il caso – per limitarsi ad alcuni esempi fra i molti che si potrebbero fare – dell'*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* del 1936 e dell'ultimo suo saggio in materia di diritto processuale civile *Verità e verosimiglianza nel processo civile* del 1955.

Quando Calamandrei pubblica l'*Introduzione*, dedicandolo a Giuseppe Chiovenda, ha appena compiuto 47 anni ed è al culmine della sua attività scientifica. Nell'avvertenza il Maestro fiorentino sottolinea come non si tratti di una monografia dedicata al tema della tutela cautelare, quanto piuttosto della parte introduttiva di «un corso sui provvedimenti cautelari», rivolto agli studenti del «secondo biennio» della Facoltà giuridica fiorentina. Pur avendo finalità prevalentemente didattiche lo studio si segnala fin da subito per il modo nuovo con il quale affronta il tema della tutela cautelare e per la piena consapevolezza della stretta correlazione che sussiste fra questa particolare forma di tutela e l'effettività della stessa funzione giurisdizionale. Ed è questa la ragione per la quale esso non solo continua ad essere considerato un classico sul tema, ma a conservare piena attualità.

Anzitutto, Calamandrei anticipa ciò che ormai costituisce un dato imprescindibile nella riflessione processualcivilistica, e cioè che solo «in un ordinamento processuale puramente ideale, in cui il provvedimento definitivo (del giudice) potesse essere *istantaneo*, in modo che, nello stesso momento in cui l'avente diritto presentasse la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno e adeguato al caso, non vi sarebbe più posto per i provvedimenti cautelari».

La tutela cautelare, dunque, trae la sua ragion d'essere dall'esigenza di assicurare gli effetti dei provvedimenti, alla produzione dei quali è diretta la funzione giurisdizionale di cognizione e di esecuzione, ovviando ai pericoli che minacciano la fruttuosità della tutela giurisdizionale di un diritto nel tempo necessario per conseguirla.

E Calamandrei ha ben chiaro che la stretta relazione che inevitabilmente lega la tutela cautelare all'esigenza di assicurare gli effetti della primaria funzione giurisdizionale di cognizione e di esecuzione impone di guardare ad essa come ad una diretta manifestazione della garanzia del diritto di azione e alla sua piena effettività.

Siccome per la sua stessa natura il processo non può plausibilmente prescindere dall'impiegare un certo lasso di tempo, più o meno lungo, prima di pervenire alla decisione finale, si comprende agevolmente la necessità che la disciplina che l'accompagni si presenti come una sorta di «corsa contro il tempo»: impedisca, cioè, che si protragga più del dovuto (sia improntato

ad una «ragionevole durata») e, contestualmente, offra alla parte che ha bisogno della tutela giurisdizionale gli strumenti idonei ad evitare che le conseguenze del fisiologico protrarsi del processo ricadano sulla situazione giuridica tutelanda.
A maggior ragione queste considerazioni valgono se si considera che, proprio nell'ottica del superamento dell'autotutela privata e della funzione pubblicistica del processo civile, la sua finalità non venga limitata alla soluzione della lite ed alla tradizionale tutela del diritto soggettivo sostanziale, di cui la parte si afferma titolare, ma ricomprenda anche il ristabilimento della pacificazione sociale o comunque la riaffermazione del diritto obiettivo o della chiovendiana volontà di legge nel caso concreto.
Il lasso di tempo che necessariamente deve intercorrere fra l'instaurazione del giudizio con la manifestazione del «bisogno di tutela giurisdizionale» e la pronuncia di una sentenza dotata di efficacia esecutiva, espone la tutelanda situazione al pericolo di subire un ulteriore pregiudizio, che può consistere o nel verificarsi di fatti tali da porre in pericolo le possibilità di concreta attuazione della sentenza, o comunque nel permanere della violazione e quindi dello stato di insoddisfazione del titolare della situazione sostanziale violata. «I provvedimenti cautelari – chiarisce Calamandrei in maniera mirabilmente efficace – rappresentano una conciliazione tra le due esigenze spesso contrastanti della giustizia, quella della *celerità* e quella della *ponderatezza*: tra il far presto e male, e il far bene ma tardi; i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto, lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrinseca del provvedimento, sia risolto successivamente colla necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinario ... [e] preventivamente assicurano i mezzi atti a far sì che il provvedimento definitivo possa avere, quando sarà emanato, la stessa efficacia e lo stesso rendimento pratico che avrebbe se fosse emanato immediatamente». Ma il processo di affermazione di questa stretta correlazione fra tutela cautelare ed effettività della tutela giurisdizionale richiedeva che la stessa tutela cautelare venisse ricostruita come tipica funzione giurisdizionale autonoma. Ed è in questa direzione che l'insegnamento di Calamandrei è stato determinante.

5.- Non meno significativo l'apporto che Calamandrei offre al progresso

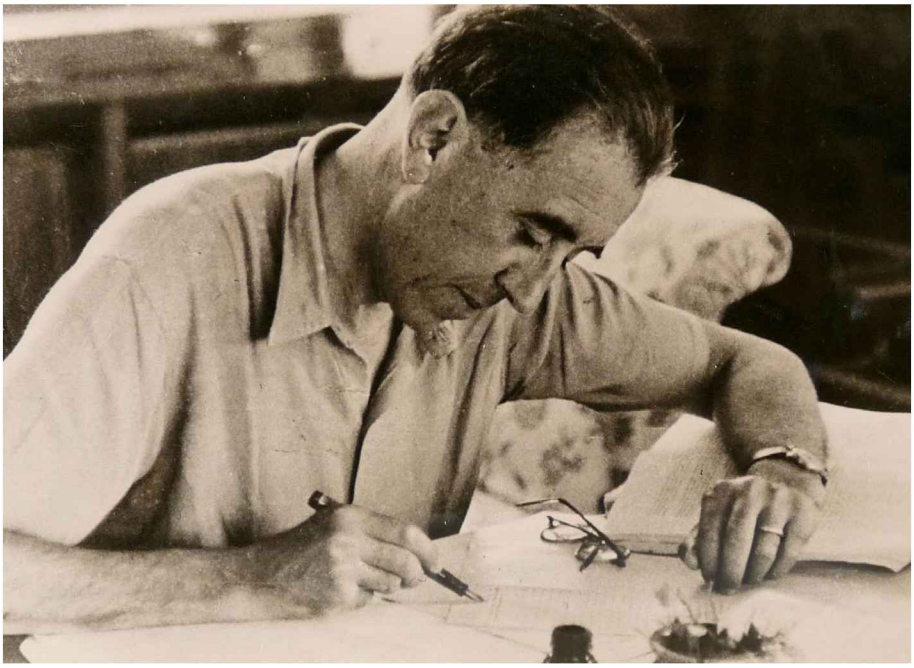
della riflessione intorno alla formazione del convincimento del giudice con il suo famosissimo saggio su *Verità e verosimiglianza.*
In esso, Egli riprende – dopo oltre mezzo secolo – l'insegnamento di Adolf Wach secondo cui nel processo ogni giudizio di verità diventa un giudizio di probabilità («*aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis*»), per giustificare la conclusione che «anche per il giudice più scrupoloso e attento vale il fatale limite di relatività che è propria della natura umana». Quando si dice che un fatto processuale è vero – osserva il Maestro fiorentino – «si vuol dire in sostanza che esso ha raggiunto, nella coscienza di chi lo giudica tale, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto»; nient'altro, dunque, che «un surrogato di verità», commisurato all'esperienza, alla cultura e alla capacità del giudicante.
In tale ottica, il giudizio fondato sulla probabilità è funzionale a misurare la capacità di una determinata allegazione di rappresentare un'effettiva realtà fattuale, secondo «l'ordine normale delle cose», ovvero nel rispetto di tutti quei limiti che inevitabilmente il giudice incontra e che gli derivano dal principio fondamentale del processo moderno per cui il giudice deve assumere una posizione di passiva attesa, dalla quale può uscire solo per affacciarsi a quella «porzione di realtà» che le parti gli sottopongono. Ciò che, in definitiva, va letto come la riaffermazione, anche sul versante dell'accertamento probatorio, della concezione garantista del processo propria del «liberalismo processuale».

* * *

La ristampa delle *Opere giuridiche* conferma che gli studiosi del processo civile, come diceva Bernardo di Chartres, siedono sulle spalle dei giganti («*nos esse quasi nanos gigantum humeris insidientes*») e su di essi grava la responsabilità e di non disperdere i frutti dell'opera intrapresa e degli insegnamenti ricevuti.

Roma, aprile 2019

Antonio Carratta *Giorgio Costantino* *Giuseppe Ruffini*



OPERE GIURIDICHE
di
PIERO CALAMANDREI
a cura di Mauro Cappelletti

CONTENUTI DEI 10 VOLUMI

VOLUME I: *Problemi generali del diritto e del processo*.

VOLUME II: *Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto,* con *Presentazione* di MAURO CAPPELLETTI.

VOLUME III: *Diritto e processo costituzionale,* con *Presentazione* di COSTANTINO MORTATI.

VOLUME IV: *Istituzioni di diritto processuale civile.* In Appendice: *Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi),* con *Presentazione* di ENRICO TULLIO LIEBMAN.

VOLUME V: *La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove,* con *Presentazione* di TITO CARNACINI.

VOLUME VI: *La Cassazione civile*, Primo volume, con *Presentazione* di VIRGILIO ANDRIOLI.

VOLUME VII: *La Cassazione civile*, Secondo volume, con *Presentazione* di MAURO CAPPELLETTI.

VOLUME VIII: *Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, con *Presentazione* di GIOVANNI PUGLIESE.

VOLUME IX: *Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri,* con *Presentazione* di VITTORIO DENTI.

VOLUME X: *Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa*. In Appendice: *Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958) a cura di A. Mondolfo e M. Cappelletti, con integrazioni e, fino al 1985, con aggiornamenti di C. Cordié*, con *Presentazione* di PAOLO BARILE.

INDICE
DELL' OTTAVO VOLUME

Presentazione (Giovanni Pugliese) » V

SEZIONE VI

LA CASSAZIONE CIVILE E ALTRI STUDI SUI VIZÎ DELLA SENTENZA E SULLE IMPUGNAZIONI

I. CASSAZIONE CIVILE » 3

CAPO PRIMO: *Nozione generale e finalità dell'istituto* » 8

CAPO SECONDO: *Profilo storico* » 15

CAPO TERZO: *Natura giuridica del ricorso in cassazione (azione di annullamento)* » 29

CAPO QUARTO: *Le condizioni sostanziali del ricorso in cassazione come azione di annullamento* » 40

CAPO QUINTO: *Il procedimento di cassazione* » 73

CAPO SESTO: *Poteri della Corte di cassazione (limiti della sua cognizione ed effetti delle sue decisioni)* » 93

CAPO SETTIMO: *Il giudizio di rinvio* » 116

CAPO OTTAVO: *L'avvenire della cassazione* » 135

II. LA TEORIA DELL'« ERROR IN IUDICANDO » NEL DIRITTO ITALIANO INTERMEDIO » 147

§ 1. Proposizione del tema, p. 149. — § 2. Fonti, p. 156. — § 3. Classificazione degli « Errores in iudicando », p. 168. — I) Errore relativo premessa alla maggiore, p. 168. — A) Errore di diritto, p. 168. — B) Errore contro la esperienza generale, p. 183. — II) Errore relativo alla premessa minore, p. 185. — A) Errore di diritto, p. 186. — B) Errore di fatto, p. 189. — II) Errore relativo alla conclusione, p. 199. — § 4. Requisiti che deve avere l'errore per produrre nullità

della sentenza, p. 204. — I) « Error expressus », p. 204. — II) « Error causalis » p. 218. — § 5. Conclusioni, p. 225.

III. VIZÎ DELLA SENTENZA E MEZZI DI GRAVAME » 245

§ l. Posizione del tema, p. 246. — § 2. I vizî della sentenza indipendentemente dal mezzo di gravame, p. 249. — § 3. Nozione di mezzo di gravame, p. 261. — § 4. Relazione che passa tra i vizî della sentenza e il mezzo di gravame, p. 271. — § 5. Conclusioni, p. 280.

IV. SULLA DISTINZIONE TRA « ERROR IN JUDICANDO » ED « ERROR IN PROCEDENDO » » 285

SOMMARIO: 1. Critica del Beling alla distinzione tra *error in iudicando* ed *error in procedendo*. — 2. Analisi dell'*error in procedendo*. — 3. Id. dell'*error in iudicando*. — 4. Confronto fra i resultati di queste due analisi. — 5. Speciale importanza che ha *l'error in iudicando* in rapporto alla funzione giurisdizionale. — 6. Irrilevanza giurisdizionale del giudizio che precede l'*error in procedendo*. — 7. Effetti dell'*error in iudicando* sulla giurisprudenza. — 8. *Error in iudicando* relativo a legge processuale. — 9. Terminologia: « inesecuzione di legge» ed « erronea dichiarazione di legge ». — 10. Conclusioni.

V. RASSEGNA CRITICA DELLA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE » 301

VI. RICORSO IN CASSAZIONE E GIURISDIZIONI SPECIALI IN MATERIA AGRARIA » 323

SOMMARIO: 1. Posizione del tema. — 2. Il ricorso per eccesso di potere al Tribunale in base all'art. 18 del decr. lt. 6 maggio 1917; sua natura giuridica. — 3. Giurisprudenza che considera la sentenza del Tribunale denunciabile alle Sezioni unite: critica. — 4. Si dimostra che il Tribunale, in questa sua speciale attribuzione, non è un organo di giurisdizione speciale. — 5. Conseguenze di questo principio: *a*) La sua sentenza non è mai denunciabile alle Sezioni unite. — 6. *b*) È denunciabile alla Cassazione territoriale in base all'art. 517 Cod. proc. civ. — 7. Ragioni di questa soluzione. — 8. *c*) La misura del deposito è quella stabilita dall'art. 521 Cod. proc. civ.; altrimenti sarebbe applicabile l'art. 11 della legge sui Probiviri. — 9. Considerazioni sulla competenza delle Cassazioni territoriali a pronunciarsi sulla questione decisa dalla sent. 13 luglio 1922 della Cass. di Firenze. — 10. Conclusioni riassuntive.

VII. LA UNIFICAZIONE DELLA CASSAZIONE CIVILE E GLI INTERESSI REGIONALI » 347

VIII. UN SINGOLARISSIMO CASO DI CASSAZIONE SENZA RINVIO » 353

SOMMARIO: 1. Spese giudiziali. — 2. Domanda di distrazione in appello. — 3. Omesso provvedimento. — 4. Ricorso in cassazione. — 5. Ammissibilità. — 6. Distrazione ordinata dalla Suprema Corte (Cod. proc. civ., art. 373).

IX. SULLA NULLITÀ ASSOLUTA DELLE SENTENZE DI CASSAZIONI REGIONALI PRONUNCIATE IN MATERIE DI COMPETENZA ESCLUSIVA DELLA CASSAZIONE DI ROMA » 363

X. PER IL FUNZIONAMENTO DELLA CASSAZIONE UNICA » 369

XI. LA PROVA SCRITTA DELLA SCOPERTA DEL DOLO NEL GIUDIZIO DI REVOCAZIONE » 397

XII. CONCORRENZA TRA CASSAZIONE E REVOCAZIONE NEL PROCESSO CIVILE FRANCESE » 401

XIII. MASSIME DI ESPERIENZA IN CASSAZIONE. RIGETTO DEL RICORSO A FAVORE DEL RICORRENTE » 405

XIV. L'APPELLO CONTRO LE DECISIONI DEI PROBIVIRI E LA NUOVA LEGGE 3 APRILE 1926, N. 563 » 411

XV. FONTE DELLA SCOPERTA E PROVA DELLA SCOPERTA DEL DOLO NELLA REVOCAZIONE » 415

XVI. QUESTIONI SULL'APPELLO NELLE CONTROVERSIE DEL LAVORO » 431

XVII. APPELLO CIVILE » 441

XVIII. APPUNTI SULLA « REFORMATIO IN PEJUS » » 457

XIX. CORTE D'APPELLO » 467

XX. LA CASSAZIONE E I GIURISTI » 473

XXI. REVOCAZIONE » 483

XXII. RICORSO (DIRITTO PROCESSUALE) » 487

XXIII. DIRITTO CONSUETUDINARIO IN CASSAZIONE » 493

XXIV. LA DISTRAZIONE DEI GIUDICI COME MOTIVO DI NULLITA' DELLA SENTENZA » 499

XXV. IN TEMA DI REVOCAZIONE DI UNA SENTENZA DI SEPARAZIONE FONDATA SU SENTENZA PENALE POI RIFORMATA. POSTILLA . » 501

XXVI. DEPOSITO SEPARATO PER MOTIVI CONDIZIONATI? » 505

XXVII. SOPRAVVIVENZA DELLA QUERELA DI NULLITÀ NEL PROCESSO CIVILE VIGENTE » 515

SOMMARIO: 1. Significato storico dell'art. 161 Cod. proc. civ. — 2. Sopravvivenza dell'*actio nullitatis*. — 3. L'appello in funzione di querela di nullità. — 4. Il ricorso in cassazione in funzione di querela di nullità. — 5. Se la nullità della sentenza possa esser fatta valere con altri mezzi di impugnazione. — 6. Conclusione.

KEKR-CDK-RPTU

PRESENTAZIONE

1. Questo ottavo volume delle « Opere Giuridiche » di Piero Calamandrei costituisce il terzo tempo della complessa trilogia dedicata dall'autore ai vizi della sentenza e ai corrispondenti mezzi di gravame e di impugnazione. Nel piano generale della raccolta la trilogia forma tutta insieme la Quinta Sezione, che è la più ampia in quanto si estende attraverso tre volumi, mentre le altre sono racchiuse ciascuna in un volume solo. È un'ampiezza, per altro, più che naturale, se si considera che la poderosa monografia sulla Cassazione Civile occupa da sola (come già nell'edizione originale del 1920) due volumi e si tiene inoltre conto dell'indiscutibile connessione con essa degli studi compresi nel volume che ora si presenta. Questi studi infatti o hanno avuto funzione preparatoria rispetto a quella monografia o ne hanno riassunto, ribadito o sviluppato i risultati o ne hanno esteso l'indagine, adottando gli stessi criteri, agli affini campi dell'appello e della revocazione. Bene hanno fatto, dunque, Mauro Cappelletti e i suoi collaboratori a includere gli uni e l'altra nella medesima Sezione.

I ventisette studi che, completando questa Sezione, compongono l'ottavo volume, coprono cronologicamente un arco di trentasette anni, dal 1914 al 1951, e hanno natura piuttosto varia, andando dal saggio di impronta tipicamente dottrinale alla « voce » di enciclopedia, alla nota a sentenza. Ma, mentre la data del singolo studio traspare abbastanza chiaramente da una serie di elementi (come, per esempio, la diversa maturità o diversa scioltezza mostrata dall'autore o l'ambiente storico-politico che si percepisce nello sfondo), la varietà di natura lascia invece solo piccole tracce nel modo in cui i problemi sono impostati o trattati e non incide poi minimamente sul rigore e la profondità delle analisi o delle soluzioni. Le note a sentenza, in particolare, pur necessariamente più brevi e in apparenza meno impegnative di altri studi, rappresentano forse in Calamandrei, che anche i lettori più frettolosi dei suoi scritti conoscono per giurista estremamente sensibile a tutti i dettagli e le sfumature del reale, il frutto di alcune fra le sue ricerche più fini e fra le sue riflessioni più penetranti.

2. Quelli che si sono finora considerati sono aspetti sostanzialmente estrinseci. Il numero degli studi, il tempo della loro redazione, la specie

di letteratura giuridica a cui appartengono, il posto che occupano nel quadro delle Opere Giuridiche disegnato dagli editori, sono tutti dati che hanno un loro specifico interesse e che senza dubbio riescono utili a fare intendere i caratteri del libro che si ha di fronte. Ma ovviamente occorre andare oltre. E, per andare oltre, importa bensì chiarire quale è l'oggetto di ciascuno studio e quale particolare contributo esso reca; ma soprattutto importa chiedersi che cosa gli studi raccolti nel libro possiedono di particolarmente significativo rispetto alla rimanente ingentissima produzione dell'autore, quale testimonianza — più esattamente — essi forniscono della sua personalità.

La personalità di Piero Calamandrei — occorre tenerlo presente anche ai fini di questa presentazione — fu, per riconoscimento unanime, fra le più affascinanti. Essa, prima ancora di attirarsi il più profondo rispetto per la ricchezza morale e la passione civile che rivelava a chi meglio lo conosceva, conquistava tutti con la vastità degli orizzonti culturali, l'intensità dei sentimenti, l'eleganza e l'arguzia della parola. Ma forse il suo valore più profondo stava nel suo carattere composito e multiforme, nel fatto di costituire un insieme armonico di personalità diverse. In Calamandrei invero convivevano l'avvocato, il giurista teorico (o, come suole impropriamente dirsi, « dogmatico »), il letterato, lo storico del diritto, lo scrittore politico. E allora quello che qui importa chiedersi è precisamente quale di queste personalità sia testimoniata dagli studi raccolti in questo volume, quale di esse, anzi, si sia venuta formando e rivelando attraverso le ricerche e le meditazioni, di cui tali scritti sono il risultato.

A una domanda così precisa proprio la varietà degli studi qui raccolti dovrebbe, a rigore, impedire di dare una risposta altrettanto precisa. Non vi è dubbio infatti che il saggio, ad esempio, « Vizi della sentenza e mezzi di gravame » ha contribuito a formare in Calamandrei la figura del giurista teorico (o « dogmatico ») mentre, viceversa, le due note a sentenza, poniamo, sulla prova della scoperta del dolo, « La prova scritta della scoperta del dolo nel giudizio di revocazione », 1924; « Fonte della scoperta e prova della scoperta del dolo nella revocazione », 1928) contribuiscono con un'importante pennellata a fare capire la personalità di Calamandrei come avvocato. Tuttavia, se si rimane fedeli al suggerimento, prima formulato, di cercare quel che in questi studi è particolarmente significativo in confronto agli studi compresi nelle altre Sezioni e si considera inoltre, insieme col nostro volume, quello in cui è riprodotta la prima parte de « La Cassazione Civile », si può dire che la personalità venutasi con essi soprattutto formando e rivelando in Calamandrei, la personalità da essi, comunque, particolarmente testimoniata, è quella dello storico del diritto.

3. Una simile affermazione assume singolare rilievo nell'Italia del XX secolo, in quanto riferita a un giurista interessato fin dalla sua prima formazione e per gran parte della sua vita al diritto vigente. Infatti i giuristi italiani della generazione di Calamandrei e delle successive, e specialmente i cultori del diritto privato o, come Calamandrei, del diritto processuale civile, hanno quasi tutti trascurato la storia. Minore impressione una tale affermazione avrebbe fatto in tempi più lontani o farebbe oggi in altri Paesi, dove, come in Inghilterra, il cultore del diritto vigente, costantemente studia e espone i precedenti storici dell'istituto che esamina. Tuttavia bisogna riconoscere che nemmeno in Inghilterra (o in altri Paesi di common law) un cultore di diritto vigente si è occupato o si occupa di storia giuridica nella misura e con la competenza di Calamandrei. Lo stesso deve dirsi dei giuristi italiani del recente passato.

Ciò non esclude che egli abbia trovato qualche modello nella generazione precedente alla sua; e viene in verità subito fatto di pensare a Giuseppe Chiovenda. Calamandrei non fu diretto allievo di Chiovenda se non in un periodo di perfezionamento, ma ne ha senza dubbio sentito l'influenza, sia come giurista teorico (o « dogmatico »), sia anche come storico. E tuttavia, se Chiovenda è stato suo modello in questo secondo campo, bisogna riconoscere che è stato poi da lui largamente superato. Pur reso infatti ai contributi storici di Chiovenda tutto il doveroso omaggio, è facile nondimeno costatare che il grande processualista non è giunto a compiere ricerche analitiche di diritto romano e di diritto intermedio medievale e moderno, che possano in qualche modo paragonarsi a quelle di cui fanno prova il primo volume (772 pagine) de « La Cassazione Civile », la rielaborazione sintetica di questo volume in alcuni paragrafi della voce « Cassazione civile » nel Nuovo Digesto Italiano e lo studio « La teoria dell'"error in iudicando" nel diritto italiano intermedio ».

Quel che colpisce in queste ricerche non è naturalmente soltanto l'ampiezza degli scritti che ne sono derivati e nemmeno soltanto la paziente acribia con cui esse sono condotte. Soprattutto colpisce la sua esattezza nel ricostruire le linee, talora oscure, talora assai sinuose, dello svolgimento storico, la sua acutezza nello scorgere i fattori politici, sociali, economici, ideologici che le hanno determinate o vi hanno influito, il suo senso giuridico nel valutare il significato dei vari mutamenti e nel chiarire le loro conseguenze dottrinali e pratiche. Probabilmente uno storico di professione potrebbe avvertire manchevolezze, per esempio nella raccolta e nella critica delle fonti (dato che l'autore si limita a consultare le opere a stampa e lascia in massima da parte i problemi filologici) oppure anche nella ricerca delle cause extragiuridiche delle varie vicende storiche (dato che le acute intuizioni

sui fattori politici, sociali, economici, ideologici, appena messe in rilievo, non vengono poi sistematicamente approfondite, come un odierno storico di professione farebbe). Tuttavia quel che può sostenersi mancare a Calamandrei in termini di specifica tecnica storiografica trova largo compenso nella sua naturale attitudine a capire a fondo i problemi giuridici implicati nelle vicende descritte e a rendersi pienamente conto delle conseguenze giuridiche dell'una o dell'altra soluzione, dell'uno o dell'altro mutamento intervenuto.

Certo, nessuno storico di professione, italiano e nemmeno straniero, ha mai scritto una storia dei vizi della sentenza e dei modi di impugnarla in base ad essi così completa e così attendibile come quella delineata da Calamandrei con gli scritti sopra menzionati. Deve sottolinearsi, quanto alla completezza, che cronologicamente la storia della cassazione comincia col diritto romano dell'età imperiale (per estraneo che fosse ad esso uno specifico mezzo di impugnazione di tale genere) e si conclude con l'istituzione in Italia della Cassazione unica; e, sempre quanto alla completezza, deve aggiungersi che quella storia non è circoscritta all'Italia, né alla sola tradizione romanistica, ma riguarda anche la Francia e in secondo luogo la Germania, per estendersi poi ai rimanenti Paesi europei e ad alcuni americani, compresi l'Inghilterra e gli Stati Uniti, mentre, d'altro lato, tiene pure conto delle tradizioni germanica e canonica, confluite con la romana nei diritti moderni del continente europeo. L'attendibilità di quella storia, a sua volta, trova conferma nell'autorità che essa ha subito avuto, e tuttora ha, non solo fra i processualisti, ma anche fra gli storici del diritto. Indubbiamente rettifiche e critiche di parecchi punti sono state fatte e potranno farsi; ma nel complesso essa ha resistito e resiste al vaglio dei numerosi altri autori che hanno studiato temi da essa toccati o in essa compresi.

4. L'immediato interesse per i problemi storici ha caratterizzato le opere giovanili di Calamandrei. La prima è la monografia, non ancora menzionata, sulla chiamata in garanzia, da lui pubblicata nel 1913 a ventiquattr'anni. L'ultima, in ordine di tempo, è appunto il volume I della Cassazione civile, che è del 1920, quando Calamandrei aveva trentun anni. Successivamente gli interessi per il diritto vigente, per i problemi dell'avvocatura e della politica, per la letteratura e per numerose altre forme culturali non giuridiche presero in lui il sopravvento e lo distolsero da ricerche puramente storiche.

Ma la mentalità dello storico, probabilmente favorita da sue speciali attitudini intellettuali, era ormai profondamente radicata in lui e doveva influire indirettamente sulle altre opere. Essa si intravede, per esempio, nel modo concreto e duttile, con cui egli venne man mano affrontando i vari problemi presi in esame, e nella stessa maturazione

in lui di nuovi indirizzi e nuovi oggetti di studio (i rapporti, poniamo, tra politica e storia sono evidenti). Talvolta però la sua mentalità di storico traspare più chiaramente dai suoi scritti fino a venire apertamente alla superficie. Questo è il caso di studi come « La sentenza oggettivamente complessa » (1924, Opere giur., *I, 106 ss.) e « Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente » (1951, ultimo studio di questo volume) o di quel gioiello di saggio che è « La relatività del concetto di azione » (1942,* Opere giur., *I, 427 ss.). Anche l'altro bellissimo saggio « Il giudice e lo storico » (1939,* Opere giur., *I, 393 ss.) poteva essere scritto solo da chi, come lui, della storiografia aveva diretta esperienza, conoscendone dall'interno caratteri e metodo.*

5. Sia ora consentito fermare un momento l'attenzione sul « merito » (è il caso di dirlo) di alcuni fra gli studi qui raccolti.

Lo studio di apertura è la già menzionata « voce » del Nuovo Digesto Italiano, nella quale Calamandrei riassunse e, per quanto occorreva, completò e sviluppò i dati e le idee esposti quasi vent'anni prima nella Cassazione civile. Tralasciando ora la parte storica, sulla quale limitate riserve o precisazioni sarebbero qua e là possibili, deve invece darsi risalto all'enunciazione dello scopo caratteristico della cassazione (§ 2), che « non è l'obbedienza ai concreti precetti individuali, quali scaturiscono dalla legge per il verificarsi in concreto dei fatti da essa ipotizzati in astratto, ma... la esatta interpretazione della portata che ha la legge, come norma...: esatta osservanza, dunque, non da parte dei cittadini... *ma* da parte dei giudici ». *Sono pure da segnalare l'opposizione dell'autore alle sentenze di rigetto con sostituzione della motivazione in diritto (§ 51, nello stesso senso già una nota a sentenza del 1927 « Massime di esperienza in Cassazione. Rigetto del ricorso a favore del ricorrente »), opposizione tuttavia non coronata da successo (cfr. art. 384, 2° comma c.p.c. del 1942) e l'intero capo VIII, che contiene interessanti prese di posizione di politica giudiziaria e legislativa, in parte riuscite anch'esse vane, ma in parte prevalentemente accolte dal codice del 1942 o dalla giurisprudenza del Supremo Collegio.*

L'ampio studio storico « La teoria dell'"error in iudicando" nel diritto italiano intermedio » (1914) si trova, come si è già accennato, in stretto rapporto col primo volume della Cassazione civile. I suoi meriti di carattere generale non richiedono perciò ulteriore illustrazione. Invece, fra i tanti meriti particolari, occorre mettere in evidenza la ricostruzione dell'origine e degli sviluppi della medievale querela nullitatis *e, nel campo romanistico, la precisazione che la distinzione tra sentenza* contra ius constitutionis *e sentenza* contra ius litigatoris *non corrisponde, contrariamente a quanto potrebbe desumersi da qualche indizio, a*

quella tra sentenza errata in diritto e sentenza errata in fatto. Essa — dice bene Calamandrei — dipende piuttosto da ragioni politiche, in quanto la nullità della sentenza contra ius constitutionis *mirava a colpire e sostanzialmente a impedire l'aperta ribellione del giudice alla legge, mentre non si aveva la stessa ragione per reagire contro l'altra specie di vizio, che l'autore qualifica come errore del giudice nell'applicazione della legge al caso concreto.*

Qualunque cosa si pensi circa l'esattezza di questa interpretazione della pronunzia contra ius litigatoris, *deve ad ogni modo rilevarsi che l'autore non mette in rilievo come la nullità delle sentenze* contra ius constitutionis *sia stata introdotta nel tardo principato e abbia riguardato dapprima le sole costituzioni imperiali, derivando quindi la sua ragione politica, non dall'esigenza generica di fare rispettare la legge, ma da quella di valorizzare l'autorità del principe, che stava trasformandosi in autocrate. La nullità si estese alle sentenze contrarie alle altre norme e agli altri precetti giuridici, quando le loro fonti risultarono anch'esse sottoposte al diretto potere o controllo del principe.*

Anche in tema di impugnazione medievale e moderna della sentenza per vizi comportanti la sua nullità Calamandrei non sottolinea forse abbastanza quale progresso civile abbia costituito il principio di origine francese, per cui le cause di nullità si convertono in motivi di gravame. Indubbiamente la nullità è in linea logica ben distinta dall'ingiustizia della decisione; ma è del pari indubbio che sulla distinzione giuristi e causidici hanno giocato, specie in certi secoli e specie nel campo canonistico, per lasciare indefinitamente aperta la via della ritrattazione della causa, impedendo o eludendo la cosa giudicata. L'introduzione della querela nullitatis *come mezzo di impugnazione soggetto a dati termini di decadenza era già stata un progresso; ma i suoi termini risultavano talvolta assai lunghi e, d'altra parte, giuristi e causidici si adoperarono per scoprire nuove cause di nullità suscettibili di essere fatte valere senza* querela *e all'infuori dei suoi termini. Il principio della conversione delle cause di nullità in motivi di gravame, e quindi dell'applicazione di un unico termine di decadenza, costituì pertanto un più valido sostegno della certezza del giudicato.*

Nemmeno esso tuttavia impedì che si configurassero cause così radicali di nullità da potere essere fatte valere in qualunque tempo, a prescindere dalla sopravvenuta preclusione dei mezzi di gravame o di impugnazione. A questo riguardo il compito dei giuristi e dei giudici, i quali non siano strettamente alleati dei causidici, dovrebbe essere quello di sottoporre a severo e obbiettivo vaglio simili cause di nullità, in modo da restringerle a quelle che, data la struttura essenziale della sentenza, siano tali da impedire all'atto da esse viziato di risultare un'autentica sentenza. Ma nemmeno Calamandrei, nonostante gli indirizzi etico-

politici che già allora lo guidavano, mise in evidenza la necessità di tale severo vaglio.

*6. Con queste riflessioni si è già virtualmente passati al terzo studio del volume, principalmente teorico, anziché storico: « Vizi della sentenza e mezzi di gravame » (1915). Ivi si accenna invero, fra l'altro, all'eventualità che la sentenza, pur scaduti i termini per qualsiasi impugnazione, possa ancora venire dichiarata priva di effetti per nullità assoluta o inesistenza. L'oggetto precipuo dello studio consiste però nella dimostrazione che una precisa differenza passa tra quelli che Calamandrei chiama « mezzi di gravame » (ossia l'appello e l'allora ammessa opposizione contumaciale) e le « azioni di impugnativa », in ispecie quelle che assumono la forma di mezzi straordinari per impugnare le sentenze, come il ricorso per cassazione e la revocazione. Ora, pur ammessa la differenza, sembra difficile riconoscere ad essa quel fondamento ontologico, che Calamandrei, sulla scorta di Chiovenda, vuole scorgervi. In particolare non sussiste nella realtà normativa una rigida distinzione fra i tipi di vizi per i quali si esperiscono i mezzi di gravame e quelli che rendono possibili le azioni di impugnativa, e non si vede una ragione, che non sia di mera opportunità, per escludere il formarsi del giudicato finché siano esperibili i primi e per ammetterlo invece quando rimangano a disposizione solo i secondi. La teoria di Chiovenda, accettata e sviluppata da Calamandrei, secondo cui « la pronuncia soggetta a gravame non è... una vera sentenza » capace di produrre l'accertamento del diritto, ma diventerà tale solo in mancanza di gravame e dopo la scadenza del termine per proporlo, lascia parecchio perplessi. Viene anzi da domandarsi se non sia più logica e insieme più pratica la soluzione adottata in Inghilterra e negli Stati Uniti, come già nel diritto romano dopo l'istituzione dell'*appellatio *e come sostanzialmente in Francia: quella cioè di attribuire di per sé alla sentenza validamente pronunziata la natura di* res iudicata *e di sospenderne o in definitiva estinguerne gli effetti, se e quando un'impugnazione venga regolarmente proposta o in definitiva accolta. Certo, la facilità con cui l'art. 324 c.p.c. del 1942, modificando le regole precedenti, ha escluso il formarsi del giudicato finché sono pendenti i termini non solo per l'appello, ma anche per il regolamento di competenza, il ricorso per cassazione e la revocazione in base ai numeri 4 e 5 dell'art. 395, è piuttosto una smentita che una conferma della teoria di Chiovenda e Calamandrei.*

7. I tre studi finora considerati sono di gran lunga i più ampi e anche quelli, in cui è più facile trovare motivi per qualche riserva o qualche sommesso dissenso. Ciò ha indotto a soffermarsi alquanto a lungo su di essi. Gli altri studi, non solo sono più brevi, ma non susci-

tano in generale che manifestazioni di consenso. Lo sguardo ad essi potrà quindi essere più rapido.

L'istituzione della Cassazione unica, in luogo delle cinque Cassazioni regionali sopravvissute nell'Italia unita per oltre sessant'anni, era auspicata dai maggiori processualisti, da Mortara, da Chiovenda e poi, naturalmente, dallo stesso Calamandrei. Non può stupire, dunque, che egli, all'indomani del decreto istitutivo, si sia subito preoccupato dei problemi inerenti al suo funzionamento. A individuarli e a suggerirne le più opportune soluzioni è appunto dedicato lo scritto « Per il funzionamento della Cassazione unica » (1923), dove fra l'altro egli lamenta che in varie occasioni precedenti il Parlamento, pur comprendendo un'alta percentuale di avvocati da immaginarsi sensibili alle esigenze obbiettive della giustizia, non avesse saputo o voluto sopprimere le Cassazioni regionali. E melanconicamente osserva che « governare col Parlamento aperto è assai più arduo che governare in regime di pieni poteri »: il decreto del ministro Oviglio, che quella soppressione aveva disposto, era stato emanato infatti pochi mesi dopo la marcia su Roma in virtù dei pieni poteri conferiti dal Parlamento stesso al primo Governo Mussolini. Calamandrei non prevedeva in quel momento quanto egli avrebbe giudicato caro, poco tempo dopo, il prezzo pagato e da pagarsi per quella maggiore facilità di governare.

Temi connessi con la Cassazione e con la sua unificazione sono trattati in parecchi scritti, soprattutto in note a sentenza. Fra queste si ricordano qui per la finezza, l'eleganza, il rigore: « Sulla nullità assoluta delle sentenze di cassazioni regionali pronunciate in materia di competenza esclusiva della cassazione di Roma » (1924); « Massime di esperienza in Cassazione - Rigetto del ricorso a favore del ricorrente » (1927, già menzionata, nota che anticipa l'opposizione di Calamandrei alla sentenza di rigetto con sostituzione della motivazione in diritto); « Diritto consuetudinario in cassazione » (1928, nota a una singolare sentenza della Corte d'Appello di Bologna in sede di rinvio); « Deposito separato per motivi condizionati? » (1942).

Ad altri specifici mezzi di gravame o di impugnazione sono dedicati complessivamente dieci studi. Alcuni sono « voci » dell'Enciclopedia italiana: « Appello (civile); « Corte d'Appello »; « Revocazione ». Un altro (« Concorrenza tra cassazione e revocazione nel processo civile francese ») (1925) è una recensione del libro di J. Plassard, Des ouvertures communes à cassation et à requête civile (Toulouse-Paris, 1924). I rimanenti sono brevi saggi o note a sentenza. Tra i saggi deve segnalarsi quello intitolato « Appunti sulla "reformatio in peius" » (1929), dove sono limpidamente spiegate in poche pagine le ragioni logiche che, in base ai principi del processo civile, impediscono tale reformatio *nell'appello (come negli altri giudizi di impugnazione) e*

giustificano la conservazione del relativo divieto. Tra le note a sentenza risultano particolarmente calzanti le due già menzionate sulla prova della scoperta del dolo (« La prova scritta della scoperta del dolo nel giudizio di revocazione », 1924; « Fonte della scoperta e prova della scoperta del dolo nella revocazione », 1928) e una terza ancora relativa alla revocazione: « In tema di revocazione di una sentenza di separazione » (1942). Non v'è al riguardo che da confermare l'osservazione fatta in generale, secondo cui le note di Calamandrei rappresentano spesso il frutto di ricerche fra le sue più fini e penetranti.

Il volume si chiude con l'esame della « Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente » (1951, ripubbl. nel 1953), che richiama i temi con cui il volume si è aperto. Vi si dimostra, non solo che nel processo civile vigente cause di nullità vengono fatte valere mediante i comuni mezzi di gravame o di impugnazione, ma inoltre che, quando la domanda viene accolta per cause di nullità, invece che per ingiustizia della pronunzia, in ispecie per errori di giudizio del giudice, si producono (o possono prodursi) effetti particolari, simili a quelli a cui dava luogo l'antica querela nullitatis.

Si ha così una significativa simmetria tra l'inizio e la fine del volume, che mostra la continuità di pensiero di Calamandrei. E tuttavia nell'arco di questa simmetria vengono a essere compresi studi fra loro assai diversi. Essi naturalmente riguardano tutti, per la scelta fatta dall'editore, la tematica assegnata alla Quinta Sezione, quella cioè dei mezzi per impugnare le sentenze. Ma questa unità non esclude la varietà degli specifici problemi, né quella dei modi adottati per studiarli e delle idee sostenute per risolverli. La complessa ricchezza della personalità di Calamandrei riesce a emergere pur attraverso una scelta monocorde di studi. E se è vero che essi illustrano particolarmente l'aspetto di quella personalità rivolto alla storia del diritto, vi si trovano nondimeno chiari segni di altri aspetti, come di quello interessato allo studio teorico del diritto e di quello sviluppatosi invece nella sua applicazione pratica e quindi nell'avvocatura. L'elegante limpidezza del dettato, che si ammira in tutti gli scritti, spiega poi o preannuncia il gusto di Calamandrei per la letteratura e i risultati in essa raggiunti.

Roma, gennaio 1978

GIOVANNI PUGLIESE

Sezione VI

LA CASSAZIONE CIVILE E ALTRI STUDI SUI VIZI DELLA SENTENZA E SULLE IMPUGNAZIONI (*)

III

(*) Si conclude con il presente volume la VI sezione delle *Opere Giuridiche* che ha avuto inizio con i due volumi precedenti.

Hanno collaborato alla raccolta dei materiali o alla correzione delle bozze di stampa: Claudio Marchetti, Alberto Germanò, Paola Porru e Maria Grazia Bandini.

I

CASSAZIONE CIVILE (*)

SOMMARIO

Bibliografia.

Legislazione.

CAPO I. *Nozione generale e finalità dell'istituto.* — 1. Rapporto inscindibile tra Corte di cassazione e ricorso in cassazione: limiti del presente lavoro. — 2. La Corte di cassazione come organo unificatore della interpetrazione giudiziaria. — 3. Il ricorso in cassazione: l'interesse privato al servizio dell'interesse pubblico. — 4. La funzione « esemplare » della Corte di cassazione.

CAPO II. *Profilo storico.* — 5. Formazione storica separata dei varî elementi costitutivi della cassazione. — 6. *a*) Nullità e ingiustizia della sentenza nel diritto romano: la nullità della sentenza pronunciata *contra jus constitutionis*; *b*) la *querela nullitatis* nel processo italiano. — 7. L'origine della Corte di cassazione non è nei Tribunali supremi degli Stati italiani dell'età intermedia. — 8. *Conseil des parties* sotto la monarchia francese. — 9. Il *Tribunal de cassation* della rivoluzione francese. — 10. Evoluzione pratica della Corte di cassazione in Francia. — 11. La cassazione in Italia. — 12. La cassazione nelle legislazioni contemporanee. — 13. L'importanza del criterio storico nella ricostruzione dogmatica della cassazione.

CAPO III. *Natura giuridica del ricorso in cassazione (azione di annullamento).* — 14. Distinzione tra azioni di impugnativa (mezzi straordinarî) e mezzi di gravame (mezzi ordinarî). — 15. Del ricorso in cassazione come azione di impugnativa: confutazione della opposta tesi del SEGNI. — 16. Il ricorso in cassazione non ha effetto devolutivo. — 17. Richiamo storico alla querela di nullità. — 18. Natura e limiti del giudizio di cassazione. — 19. Rapporti del ricorso in cassazione cogli altri mezzi di impugnativa. — 20. La cassazione « nell'interesse della legge »; il ricorso in cassazione come azione di accertamento.

(*) [È la voce *Cassazione civile* del *Nuovo Digesto italiano*, vol. II, Torino, UTET, 1937, pp. 981-1034. Tradotta in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO e M. AYERRA REDÍN, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959]. [*Bibliografia*, n. 203].

CAPO IV. *Le condizioni sostanziali del ricorso in cassazione come azione di annullamento.* — 21. Condizioni sostanziali (di fondatezza) e condizioni formali (di ammissibilità) del ricorso. — 22. A) Provvedimenti denunciabili. — 23. B) Legittimazione e interesse. — 24. C) I motivi di cassazione. — 25. *a*) Vizî di attività. — 26. Osservazioni sui medesimi nella pratica della Corte di cassazione. — 27. *b*) Vizî di giudizio. — 28. Sulla estensione del concetto di « legge » in cassazione. — 29. Sulla « violazione o falsa applicazione di legge ». — 30. Errori di fatto. — 31. Violazione di norme interpretative e probatorie. — 32. Il « difetto di motivazione ». — 33. Nesso di causalità fra errore e dispositivo. — 34. D) Estinzione del diritto di annullamento per decadenza o acquiescenza.

CAPO V. *Il procedimento di cassazione.* — 35. Caratteri generali del procedimento di cassazione. — 36. Requisiti formali del ricorso. — 37. Ricorso rinnovato; ricorso aggiunto; ricorso adesivo; ricorso condizionato. — 38. Atteggiamento della parte intimata: controricorso. — 39. Le parti nel giudizio di cassazione. — 40. Competenza della Corte di cassazione: sezioni semplici e sezioni riunite. — 41. Descrizione del procedimento. — 42. Udienza e forme della sentenza. — 43. Rinuncia e transazione.

CAPO VI. *Poteri della Corte di cassazione (limiti della sua cognizione ed effetti delle sue decisioni).* — 44. Caratteri della cognizione della Corte di cassazione. — 45. Limiti della cognizione - A) In quali casi la Corte di cassazione riesamina il fatto. — 46. Procedimenti probatorî in cassazione. — 47. B) Sulla ammissibilità di « questioni nuove » in cassazione. — 48. C) Sul potere della Corte di cassazione di sollevare questioni d'ufficio. — 49. Effetti delle decisioni della cassazione. — 50. A) Sentenza di rigetto. — 51. Il così detto potere di « rettifica » in caso di rigetto. — 52. B) Sentenza di accoglimento - Limiti dell'annullamento. — 53. Cassazione senza rinvio; cassazione con rinvio. — 54. — Pronuncia sulle spese e sul deposito. — 55. Riepilogo dei varî effetti delle decisioni della cassazione.

CAPO VII. *Il giudizio di rinvio.* — 56. Natura complessa del giudizio di rinvio. — 57. Competenza del giudice di rinvio. — 58. Costituzione e svolgimento del giudizio di rinvio. — 59. Cognizione del giudice di rinvio. — 60. Diversità dei suoi poteri in varie ipotesi. — 61. Fine del giudizio di rinvio: impugnazione della sentenza di rinvio.

CAPO VIII. *L'avvenire della cassazione.* — 62. L'unificazione della cassazione e i problemi del suo migliore adeguamento pratico alla sua funzione. — 63. Unità della giurisprudenza nello spazio, non nel tempo: inattuabilità delle proposte di dare alle decisioni della Corte di cassazione valore di leggi interpretative. — 64. *a*) Estensione del controllo a categorie di sentenze oggi escluse. — 65. *b*) Maggiore efficacia del controllo: α) Mediante aumento della potenzialità lavorativa della Corte. — 66. β) Mediante riduzione del lavoro: proposte pratiche. — 67. Ritocchi alla struttura processuale del ricorso. — 68. Contro la tendenza a trasformare la Corte di cassazione in giudice di fatto.

BIBLIOGRAFIA

P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. I: *Storia e legislazioni*; vol. II: *Disegno generale dell'istituto*, Torino, 1920, su cui v. recensioni di E. FINZI, in *Arch. giuridico*, 1922, LXXXVII, fasc. 1°, e A. SEGNI, *La Cassazione e un libro*

recente, Milano, 1921. (Per la bibliografia italiana e straniera, generale e speciale, anteriore al 1920, cfr. quella citata in tale opera).

Trattati ed opere di carattere monografico posteriori al 1920: E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, nn. 208-215, Roma, 1936; G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. IV, nn. 329-334, Padova, 1920; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ediz., vol. II, nn. 413-419, Napoli, 1936; M. D'AMELIO, in *Encicl. ital.*, voce *Corte di Cassazione*; G. LEONE, *Sistema delle impugnazioni penali*, Napoli, 1935; A. LUCARELLI e B. BARBERA, *Il procedimento nei giudizî civili innanzi alla Corte di cassazione*, Roma, 1933; G. PAVANINI, *Contributo allo studio del giudizio civile di rinvio*, Padova, 1937; R. PROVINCIALI, *Il giudizio di rinvio*, Padova, 1936; M. T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, pag. 304 e segg., Milano, 1935; H. LEWARD, *Le contrôle des cours suprêmes sur l'application des lois étrangères*, Paris, 1937; J. MAGNUS, *Die Hochsten Gerichte der Welt*, Leipzig, 1929; A. MANIGK, *Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen*, in *Die Reichgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, vol. VI, Berlin und Leipzig, 1929; H. MANNHEIM, *Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstösse im Strafverfahren*, 1925; G. MARTY, *La distinction du fait et du droit*, Paris, 1929; PÉAN, *Cour de cassation* (*Enc. franç.*, X, 1034, 14); J. PLASSARD, *Des ouvertures communes à cassation et à requête civile*, Paris, 1924; A. SCHÖNKE, *Die Bindung des Berufungsgerichts an das Urteil des Revisionsgerichts, gemäss* § 565, II, ZPO, Berlin, 1934; E. SCHWINGE, *Grundlagen des Revisionsrechts*, Bonn, 1935; M. WALIGÒRSKY, *Podstawy Kasacyjne procesu cywilnego w świetle róznicy pomiedzy factem i prawem* (*I motivi di ricorso in cassazione nel processo civile in relazione alla distinzione tra fatto e diritto*), We Lworvie, 1936; H. WINKEL, *Le problème de la jurisdiction suprême*, Utrecht, 1934.

Articoli di riviste: V. ANDRIOLI, *Effetti del rigetto del ricorso a favore del ricorrente* (*Temi emil.*, 1932, 181); ID., *In tema di motivazione della sentenza di merito rettificata dalle pronuncie di rigetto della Cassazione* (*Foro ital.*, 1932, I, 803); ID., *La Cassazione e il diritto straniero* (*Ibid.*, 1931, I, 968); G. AZZARITI, *La ricostituzione dell'unità giurisdizionale e le funzioni della Corte di cassazione in confronto delle giurisdizioni speciali* (*Studi per M. D'Amelio*, I, 107); P. CALAMANDREI, *Per il funzionamento della Cassazione unica* (*Studî sul processo civile*, II, 257); ID., *La Cassazione e i giuristi* (*Ibid.*, III, 267); ID., *Un singolare caso di cassazione senza rinvio* (*Foro ital.*, 1923, I, 315); ID., *Rigetto del ricorso a favore del ricorrente* (*Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 126); ID., in *Encicl. ital.*, voce *Ricorso*; F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere* (*Studi di dir. proc. civile*, di F. CARNELUTTI, I, 339); ID., *Sulla restituzione delle cose consegnate in dipendenza della sentenza cassata* (*Riv. dir. proc. civ.*, 1929, II, 202); ID., *Limiti dello spostamento di competenza cagionato dalla cassazione con rinvio* (*Ibid.*, 1931, I, 161); ID., *Rapporti tra giudizio di appello e giudizio di rinvio* (*Ibid.*, 1931, II, 77); ID., *Questioni sul vincolo del giudice di secondo rinvio* (*Ibid.*, 1931, II, 229); ID., *Sulle questioni nuove in Cassazione* (*Ibid.*, 1932, II, 13); ID., *Interpretazione autentica della sentenza* (*Ibid.*, 1933, II, 53); ID., *Dipendenza tra capi diversi della sentenza cassata* (*Ibid.*, 1933, II, 257); ID., *Potere di rettifica della Corte di cassazione?* (*Ibid.*, 1934, I, 121); ID., *Nullità della sentenza di appello e poteri della Corte di cassazione* (*Ibid.*, 1934, II, 227); ID., *Un caso subdolo di cassazione senza rinvio* (*Ibid.*, 1936, II, 235); ID., *Forma della domanda del resistente nel procedimento di cassazione* (*Ibid.*, 1937, I, 125); E. CASATI, *Deposito per multa in caso di più ricorrenti* (*Riv. dir. civ.*, 1928, 510); G. CHIOVENDA, *La Corte di cassazione come*

giudice della competenza (*Saggi*, vol. I, pag. 360); A. CIANFLONE, *Su di un caso di cassazione senza rinvio* (*Nullità dell'atto di appello per irregolare notificazione all'amministrazione pubblica*) (*Foro ital.*, 1934, I, 1095); E. CIOLFI, *Le integrazioni e le notificazioni dei depositi insufficienti nei ricorsi per cassazione* (*Giur. ital.*, 1928, 1109); C. A. COBIANCHI, *Questioni sull'àmbito del giudizio di rinvio* (*Foro ital.*, 1927, I, 216); N. COCO, *Dei rapporti di competenza tra le sezioni civili e le sezioni unite della Corte di cassazione posteriormente alla sua unificazione* (*Studî in onore di M. D'Amelio*, I, 337); S. COSTA, *Sui giudizî della Cassazione in materia di reati finanziari* (*Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, 77); ID., *Rilievi sulla Corte di cassazione nel processo penale* (*Riv. ital. dir. pen.*, 1933, n. 4); ID., *Sullo spostamento di competenza causato dal giudizio di rinvio* (*Riv. dir. proc. civ.*, 1934, II, 87); G. CRISTOFOLINI, *Effetti della Cassazione sui poteri del giudice che ha pronunciato la sentenza cassata* (*Ibid.*, 1931, 143); ID., *Inammissibilità dell'appello e giudizio di rinvio nel processo individuale di lavoro* (*Ibid.*, 1934, 221); M. D'AMELIO, *La Corte di cassazione come giudice di prima istanza* (*Riv. dir. pubbl.*, 1930, 6); ID., *La Cassazione e le giurisdizioni speciali* (*Mon. trib.*, 1929. 681); ID., *La sentenza della Corte di cassazione* (*sez. civ.*) *e la sua efficacia per il giudice di rinvio* (*Ibid.*, 1931, 681); ID., *L'attività delle Corti di cassazione d'Italia e di Francia* (*Ibid.*, 1931, 241); ID., *Le sezioni unite della Corte di cassazione e le controversie del lavoro* (*Ibid.*, 1933, 20); ID., *La Corte di cassazione e la «rettifica» delle sentenze in merito* (*Ibid.*, 1933, 881); M. D'AMELIO-G. GASPERINI, *I contatti giurisdizionali della Corte di cassazione e della Corte dei conti* (*Rivista di diritto pubblico*, 1930, 242); M. D'AMELIO-S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato* (*Ibid.*, 1929, 181); ART. DEL GIUDICE, *Nuovi aspetti della cassazione in materia penale* (*Annali dir. proc. pen.*, 1932, 129 e 281); P. D'ONOFRIO, *La data del mandato per ricorrere in Cassazione dopo il R.D. 26 ottobre 1923* (*Riv. dir. proc. civ.*, 1924, II, 182); ID., *Se il ricorso adesivo debba essere corredato da deposito di multa* (*Ibid.*, 1926, 194); ID., *Osservazioni intorno al così detto «ricorso condizionato» in Cassazione* (*Ibid.*, 1930, 326); ID., *Sull'inammissibilità del ricorso in Cassazione prima del conferimento del mandato all'avvocato* (*Foro ital.*, 1926, I, 1138); ID., *Ancora dei poteri della Cassazione in tema di violazione della cosa giudicata* (*Ibid.*, 1929, I, 719); G. FAGGELLA, *Ultra et extra petitionem* (*Ibid.*, 1935, I, 761); M. FRAGALI, *Il procedimento ingiuntivo e le restituzioni in seguito a cassazione* (*Riv. dir. proc. civ.*, 1929, 136); A. JANNITTI-PIROMALLO, *Il controllo della Corte di cassazione sulla motivazione delle decisioni di merito* (*Studî in onore di M. D'Amelio*, II, 272); G. LAMPIS, *L'attività legislativa in materia finanziaria e il sindacato della Corte di cassazione* (*Studî in onore di M. D'Amelio*, II, 299); E. T. LIEBMAN, *Limiti ed effetti della «correzione in diritto» della sentenza, in sede di cassazione* (*Foro Lomb.*, 1933, 145); ID., *Sulla facoltà del magistrato di rinvio a conoscere di eventuali nullità della sentenza della Corte di cassazione che ordinò il rinvio* (*Foro ital.*, 1932, I, 1350); F. G. LIPARI, *Questioni nuove in Cassazione e controricorso* (*Circ. giur.*, 1930, 58); S. LONGHI, *Aspetti della Corte di cassazione, compiuto il decennio della sua unità* (*Riv. dir. pubbl.*, 1934, 5); ID., *Potestà normativa della Corte di cassazione nei limiti della potestà interpretativa* (*Studî in onore di M. D'Amelio*, I, 1); F. MENESTRINA, *La notificazione del rinvio per cassazione alle amministrazioni statali* (*Giur. ital.*, 1937, I, 409); L. MERIGGI, *Le corti regolatrici e la legge straniera* (*Mon. trib.*, 1937, 577); L. MORTARA, *Il mandato a ricorrere per cassazione e l'art. 41 R.D. 26 ottobre 1923* (*Riv. dir. proc. civ.*, 1925, 85); ID., *La sottoscrizione dell'avvocato nelle copie notificate per cassazione* (*Giur. ital.*, 1934, I, 1165); ID., *Della competenza del giudice di rinvio e questioni connesse*

(*Ibid.*, 1934, I, 951); S. PAPA, *Il sindacato del contratto collettivo di lavoro e la giurisprudenza della Corte di cassazione* (*Studi in onore di M. D'Amelio*, III, 1); A. PARRELLA, *L'ordinamento della Cassazione* (*Riv. giur. Mezzog.*, 1936, 1); G. PAVANINI, *Massime di esperienza e fatti notori in Cassazione* (*Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 247); M. PETRONE, *Eccesso di potere giurisdizionale* (*Studi in onore di M. D'Amelio*, III, 134); E. PRESUTTI, *Del sindacato del Supremo Collegio sulla competenza della Corte dei conti* (*Foro ammin.*, 1933, 102); A. SEGNI, *La Cassazione civile e un libro recente*, Milano, 1921; ID., *Sul ricorso alle sezioni unite da sentenze inappellabili di arbitri* (*Corte Cass.*, 1925, 1756); ID., *Sulla decorrenza del termine di perenzione nel giudizio di rinvio* (*Riv. dir. proc. civ.*, 1926, II, 277); T. SEGRÈ, *Cassazione parziale e limiti del giudizio di rinvio* (*Ibid.*, 1935, II, 3); C. VITTA, *Limitazioni formali dell'attività legislativa e relativi giudizi della Corte di cassazione* (*Ibid.*, 1930, 143).

LEGISLAZIONE. — Artt. 31, 88, 309, 361, 465, 500, 517-522, 571, 750 c.p.c.; 541 c.p.p.; Reg. gen. giud., artt. 222, 233, 292, 299; R.D. 30-XII-1923, n. 2786, artt. 61-65; R.D. 23-XII-1875, n. 2852, art. 7; L. 6-XII-1888, n. 5825; R.D. 24-III-1923, n. 601; R.D. 24-V-1923, n. 602; R.D. 2-XII-1923, n. 2618; D.L. 14-IV-1927, n. 573; L. 28-VI-1928, n. 1487; D.L. 16-XII-1935, n. 2293, convertito in L. 22-IV-1936, n. 616; L. 22-XII-1932, n. 704; R.D. 27-XI-1933, n. 1578 (convertito in L. 22-I-1934, n. 36), artt. 33, 34, 56; R.D. 22-I-1934, n. 37; L. 28-V-1936, n. 1003; R.D. 9-VII-1936, n. 1482; T.U. 30-X-1933, n. 1611; L. 31-III-1877, n. 3761, art. 3; L. 16-II-1913, n. 89, artt. 156 e 157; R.D. 20-IX-1922, n. 1316, art. 12; T.U. 17-X-1922, n. 1401, art. 70; R.D. 2-XII-1923, n. 2595, art. 1; L. 30-XII-1923, n. 3282, artt. 9, 10; T.U. 26-VI-1924, n. 1054, art. 48; R.D. 23-X-1925, n. 2537, art. 17; R.D. 1°-VII-1926, n. 1130, artt. 88-91; L. 16-VI-1927, n. 1766, art. 32; L. 7-I-1929, n. 4, art. 23; D.L. 2-VIII-1929, n. 2150, art. 20; R.D. 25-XI-1929, n. 2248, art. 15; R.D. 25-XI-1929, n. 2365, art. 15; L. 10-VII-1930, n. 1078, art. 8; R.D. 25-I-1931, n. 36, artt. 1, 2; T.U. 11-XII-1933, n. 1775, artt. 183, 200 a 203; R.D. 21-V-1934, n. 1073, art. 28; T.U. 12-VII-1934, n. 1214, art. 71; D.L. 5-III-1935, n. 184, art. 32; D.L. 17-VIII-1935, n. 1765, art. 56; D.L. 4-X-1935, n. 1827, art. 105. — Avvertenze della Prima Presidenza della Corte di cassazione (in appendice a LUCARELLI-BARBERA, op. cit., in *Bibliografia*), artt. 1-15. Progetti di riforma: prog. CHIOVENDA (1920), artt. 189-196; prog. MORTARA (1923), artt. 280-333; prog. CARNELUTTI (1926), artt. 368-387; prog. della SOTTOCOMMISSIONE *C* (1926), artt. 351-370; prog. REDENTI (1936), artt. 690-718; prog. SOLMI (1937), artt. 364-396.

N. B. — Per le disposizioni che si richiamano alla Cassazione negli ordinamenti giudiziarî delle varie Colonie italiane, cfr. le voci corrispondenti.

Capo I

1. — La « Cassazione » è un istituto complesso, che risulta dalla combinazione di due elementi reciprocamente complementari, uno dei quali appartiene all'ordinamento giudiziario e trova la sua collocazione sistematica nella teoria della organizzazione dei tribunali, della quale costituisce il vertice (*Corte di cassazione*), mentre l'altro appartiene al diritto processuale, e dev'essere studiato nel sistema dei mezzi di impugnativa (*ricorso in Cassazione*). La relazione di vicendevole complementarità che passa tra questi due componenti dell'istituto, è caratteristica, e rappresenta nel nostro sistema giudiziario un esempio unico: la Corte di cassazione è un organo appositamente costituito per giudicare sui ricorsi in cassazione, sicché la sua composizione e il procedimento che dinanzi ad essa si segue sono stabiliti in modo da corrispondere alle esigenze processuali proprie della struttura di quel rimedio; e viceversa il ricorso in cassazione è un mezzo di impugnativa le cui condizioni sono stabilite dalla legge processuale in modo da provocare da parte della Corte di cassazione un certo limitato riesame, corrispondente ai suoi speciali fini costituzionali. Corte di cassazione e ricorso in cassazione costituiscono pertanto un binomio, i cui termini non possono essere isolati senza perdere, l'uno e l'altro, gran parte del loro significato: mentre gli altri mezzi di impugnativa, per es., l'appello, non sono inscindibilmente connessi nel loro esercizio a un determinato organo giudiziario, e possono, senza perdere la loro fisionomia, essere riservati, secondo i casi, alla competenza di giudici di diverso ordine (artt. 83; 84, n. 2; 87), la Corte di cassazione ha il monopolio esclusivo di giudicare sui ricorsi per annullamento (= cassazione) delle sentenze (art. 88), e il ricorso in cassazione non è concepibile se non come strumento di questo supremo organo giudiziario, che, solo attraverso le decisioni sui ricorsi, può esercitare la sua funzione, *diversa per i suoi fini*, pur rimanendo nell'àmbito della giurisdizione, *da quella di tutti gli altri organi giudiziari sottostanti* (giudici di *merito*). In uno studio, sia pure schematico, dell'istituto della Cassazione, non è possibile non tener conto di questa relazione di complementarità che passa tra i due elementi componenti: e quantunque la trattazione presente sia prevalentemente dedicata all'aspetto processuale dell'istituto, cioè, più che altro, al ricorso in cassazione, non si può tuttavia esimersi, se

ci si vuol rendere conto della costruzione di questo mezzo di impugnativa, dal dare qualche cenno sulla posizione costituzionale che ha nello Stato la Corte di cassazione, e sulle finalità che questa consegue attraverso le decisioni sui ricorsi.

Mi limiterò pertanto a trattare della funzione della Corte di cassazione solo per quegli aspetti fondamentali che sono indispensabili per la intelligenza dell'istituto processuale, rinviando per una più ampia trattazione dell'ordinamento interno e delle altre attribuzioni della Corte, all'apposita voce *Ordinamento giudiziario.*

Giova soltanto avvertire che nel nostro ordinamento giudiziario la Corte di cassazione, se prende nome da quella che è la sua attribuzione più importante, ha anche, come organo giudiziario supremo, altre attribuzioni che non corrispondono esattamente alla sua denominazione.

Ad essa infatti è demandato l'ufficio (che ha un àmbito più vasto perché si estende anche alle giurisdizioni speciali) *di Corte regolatrice dei conflitti e delle competenze* (1), alla quale è affidato il mantenimento dei confini tra le attribuzioni dell'Autorità amministrativa e quelle dell'Autorità giudiziaria (*conflitti di attribuzione*), ed altresì il regolamento delle competenze nei confronti di tutti gli organi giurisdizionali, ordinarî e speciali, sia in via di risoluzione, preventiva o successiva, dei *conflitti di giurisdizione* tra di essi, sia in via di annullamento delle sentenze viziate da incompetenza od eccesso di potere (L. 31 marzo 1877, n. 3765; artt. 108-115 c.p.c.; artt. 51-54 c.p.p.); cfr. le voci corrispondenti: *Competenza*; *Conflitto di attribuzione*; *Conflitto di giurisdizione*; *Regolamento di competenza.*

Ad essa inoltre è stata recentemente attribuita, dall'art. 23 della L. 7 gennaio 1929, n. 4, contenente norme generali per la repressione delle violazioni delle leggi finanziarie, la funzione di pronunciarsi in prima istanza in via di interpretazione preventiva (attraverso una specie di *référé* obbligatorio del giudice di merito) sulle questioni concernenti la applicabilità di norme penali in materia tributaria; ardita innovazione, che potrebbe costituire il germe di ulteriori sviluppi anche in materia civile (2).

Si avverte infine che, anche rimanendo nell'àmbito della vera e propria funzione di cassazione, di cui ci occupiamo nel presente lavoro per la materia civile (per la materia penale, cfr. *Cassazione penale*),

---

(1) Cfr. Chiovenda, *La Corte di cassazione come giudice sulla competenza* (*Saggi*, I, 339 e segg.; e in *Ist.*, II, n. 172).

(2) Cfr. D'Amelio, *La Corte di cassazione come giudice di prima istanza* (*Riv. dir. pubbl.*, 1930, 6); Vitta, in *Rivista dir. proc. civ.*, 1930, I, 143; Costa, in *Ibid.*, 1931, I, 77; Lampis, in *Studî per D'Amelio*, II, 299, ecc.

non si può dire che essa sia preordinata in ogni caso a quello scopo caratteristico, di importanza eccedente la singola controversia, per il quale, come tra poco si dirà, la Corte di cassazione si differenzia da tutti gli altri organi giurisdizionali dello Stato: in realtà allo scopo tipico della Corte di cassazione corrisponde soltanto il ricorso basato su « violazione e falsa applicazione di legge » (art. 517, n. 3), dal quale tutto l'istituto della Cassazione trae la sua particolare fisionomia; mentre il ricorso basato sugli altri motivi previsti dallo stesso articolo (*errores in procedendo*), lungi dall'avere quella importanza che dà alla Corte di cassazione il suo vero carattere, non è altro che un mezzo per provocare quel controllo sulla regolarità formale del processo, che ogni giudice superiore esercita, con effetti non eccedenti il caso deciso, sulle attività del giudice inferiore (cfr. artt. 492-493 c.p.c.).

2. — Poiché nel binomio Corte di cassazione-ricorso in cassazione, il secondo termine si deve considerare come uno strumento del primo, nel senso che il ricorso è stato processualmente costruito così com'è, allo scopo di agevolare alla Corte di cassazione il conseguimento dei suoi fini istituzionali, è da questa che bisogna cominciare per avere una nozione generale del complesso istituto.

La Corte di cassazione, quantunque faccia parte dell'ordinamento giudiziario, e costituisca anzi il vertice supremo della gerarchia di organi ai quali è demandata l'amministrazione della giustizia, non è istituita per raggiungere *soltanto* quello scopo, in senso stretto giurisdizionale, per il conseguimento del quale sono istituiti tutti gli altri giudici (che, in contrapposto alla Corte di cassazione, si sogliono chiamare i giudici *di merito*): e che consiste nell'attuazione del diritto in concreto, mediante accertamento delle singole volontà di legge che scaturiscono, per regolare i rapporti individuali, dal coincidere di una fattispecie reale con una fattispecie legale. Anche la Corte di cassazione coopera, come si dirà, a questa funzione giurisdizionale in senso stretto, consistente nel render giustizia ai singoli; ma questa sua cooperazione è per essa mezzo, non fine, perché il fine ultimo che essa, come suo ufficio esclusivo, persegue, è un fine più vasto ed eccedente, come si vedrà, i limiti della singola controversia decisa. L'art. 61 della legge sull'ordinamento giudiziario (R.D. 30 dicembre 1923, n. 2786) assegna alla Corte di cassazione la funzione di « mantenere la esatta osservanza delle leggi »; e poiché questa formula, alquanto vaga ed elastica, che potrebbe in se stessa adattarsi in genere a tutti gli organi giudiziarî per significare il fine comune della funzione giurisdizionale, è riservata dalla legge alla sola Corte di cassazione, vuol dire che per questo supremo organo il mantenimento dell'osservanza della legge è inteso in un senso peculiare, diverso da quello che apparirebbe adat-

tabile a tutti gli altri organi giudiziarî. Senza rifare qui il cammino storico che ha portato a questa formula (3), possiamo oggi dire che la *esatta osservanza delle leggi*, il mantenimento della quale è nel nostro ordinamento lo scopo caratteristico della Cassazione, non è la obbedienza ai concreti precetti individuali, quali scaturiscono dalla legge per il verificarsi in concreto dei fatti da essa ipotizzati in astratto, ma è la esatta conoscenza della legge nel suo significato generale, la esatta interpetrazione della portata che ha la legge, come norma generale ed astratta, applicabile a tutta una serie indefinita di casi: « esatta osservanza » dunque, non *da parte dei cittadini* che debbono conformare la loro condotta ai singoli precetti che da essa scaturiscono all'indirizzo di ciascun destinatario, ma *da parte dei giudici*, che, nel giudicare sui fatti altrui, debbono esattamente conoscere la portata e il significato delle leggi che sono chiamati ad *applicare*. Il funzionamento della Corte di cassazione è così in stretta relazione colla disciplina di quella interpetrazione giudiziaria delle leggi che nella pratica si suol chiamare per antonomasia la « giurisprudenza », e al disopra della quale la Corte di cassazione è posta appunto come « Corte regolatrice della giurisprudenza ». Nel sistema proprio dei moderni ordinamenti continentali europei, in cui il diritto, anziché enunciato caso per caso, viene, attraverso la codificazione, formulato in anticipo in norme generali ed astratte, ciascun giudice, per poter scegliere nel complesso sistema del diritto oggettivo la norma che si attaglia al caso da decidere, deve necessariamente avere il potere di interpetrarne la portata: e siccome, nella frequente oscurità, frammentarietà e incompletezza delle norme, può accadere che la interpetrazione della stessa norma varî col variare dell'interpetre, può darsi che la pratica applicazione della stessa norma da parte di giudici diversi valga in realtà come l'applicazione di norme diverse, e che, applicando a casi uguali diverse interpetrazioni discordanti della stessa norma, si venga con ciò a violare quella esigenza dell'uguale trattamento giuridico dei casi simili, ch'è il primo canone dell'uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge. Necessità, dunque, di scegliere, tra le diverse possibili interpetrazioni che di una stessa legge sono state date in casi simili da giudici diversi, una che diventi accreditata, come più esatta, su tutte le altre; necessità di unificare nello Stato la interpetrazione giurisprudenziale delle leggi, ossia, come si dice, di « unificare la giurisprudenza ». Questa funzione unificatrice della giurisprudenza è affidata alla Corte di cassazione: la quale dunque è chiamata così a difendere

---

(3) Cfr. in proposito i primi sei capitoli del II volume della mia *Cassazione*, di cui queste pagine introduttive sono un riepilogo; e D'AMELIO, in *Enc. ital.*, vol. XI, pag. 535 e segg., voce *Corte di cassazione*.

non solo la uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla (stessa) legge, ma altresì la unità del diritto oggettivo nazionale, che verrebbe minacciata e distrutta dal sovrapporsi sulla legge nominalmente unica di numerose contemporanee interpetrazioni giudiziarie, di per sé dannose, ma ancor più temibili come fonti di perturbazione della giurisprudenza futura, nella quale ogni opinione erronea può dare origine, per la forza di esempio e, si potrebbe dire, di « contagio » che porta in sé ogni *massima*, a correnti di pensiero giuridico aberrante. Ad eliminare queste pluralità di « correnti » o « indirizzi » giurisprudenziali, la Corte di cassazione è posta, al centro e al vertice della interpetrazione giudiziaria, come organo unificatore e regolatore.

Il suo scopo ultimo è dunque di più ampia portata che non quello strettamente giurisdizionale dei giudici di merito: è uno scopo di carattere costituzionale, di coordinazione tra la funzione legislativa e la funzione giudiziaria, di unificazione di tutto l'ordinamento giuridico: che attiene, più che alla fase di applicazione del diritto al caso concreto, alla fase di *formazione* o di *formulazione del diritto da applicarsi ai casi futuri*. In quanto si ritenga che la giurisprudenza abbia una efficacia creatrice o trasformatrice del diritto, la Corte di cassazione è il centro di questa perpetua creazione giurisprudenziale, di questa dinamica del diritto che instancabilmente ringiovanisce ed adegua la legge alle sempre nuove esigenze della Nazione in cammino.

3. — Quali sono i mezzi pratici di cui la Corte di cassazione si serve per raggiungere questi suoi altissimi fini?

Com'è disciplinata, oggidì non solo dalle leggi, ma altresì dalla giurisprudenza attraverso la quale essa stessa, nel suo svolgimento pratico, si è plasmata, la Corte esercita questa sua funzione di *controllo sulla interpetrazione giudiziaria del diritto oggettivo* con un meccanismo straordinariamente ingegnoso di cui il ricorso in cassazione è lo strumento processuale.

La Corte di cassazione non è posta al di fuori dell'ordinamento giudiziario: per sorvegliare l'interpetrazione che alle leggi vien data dai giudici, *è essa stessa un giudice* posto al vertice dell'ordinamento giudiziario, di cui rappresenta l'estremo gradino. Essa è dunque apparentemente, come tutti gli altri giudici, un organo istituito per render giustizia ai singoli; ma con questa differenza: che essa rende giustizia ai singoli *soltanto nei limiti in cui ciò le possa servire per raggiungere il suo scopo di unificazione della giurisprudenza.*

Il mezzo che permette alla Corte di cassazione di far camminare di pari passo l'interesse individuale alla giustizia del caso singolo, e l'interesse pubblico alla esatta interpetrazione della legge in astratto, è il ricorso in cassazione. La Corte di cassazione, astrattamente con-

cepita come organo di controllo sull'interpetrazione giudiziaria, avrebbe potuto essere organizzata come un consesso posto al di fuori della gerarchia giudiziaria, e incaricato di rivedere ad una ad una, di propria iniziativa, quale Argo dai cento occhi (4), tutte le sentenze dei giudici nella loro motivazione di diritto. Si è preferito invece di far di essa Corte un giudice, che decide sul diritto concreto delle parti e che si muove solamente quando qualcuno ne provochi l'esercizio (*nemo judex sine actore*): ed anche qui si è cercato di sfruttare l'interesse individuale dei litiganti, come stimolo propulsore posto al servizio dell'interesse pubblico, attraverso il ricorso in cassazione, concepito come diritto di impugnativa dato alla parte soccombente per far annullare dalla Corte di cassazione non ogni sentenza ingiusta, ma solo quella la cui concreta ingiustizia si dimostri basata su una erronea interpetrazione della legge.

Posto come principio generale il sistema del *doppio grado* di giurisdizione, per il quale ogni controversia può, attraverso l'appello della parte soccombente in primo grado, essere riesaminata in tutta la sua ampiezza (*in iure* e *in facto*) dal giudice di secondo grado, l'ulteriore impugnativa (ricorso in cassazione) dinanzi alla Corte regolatrice della giurisprudenza mira a provocare non un nuovo riesame completo della controversia in terzo grado, ma soltanto un riesame parziale (*in iure*) della sentenza d'appello, nei limiti in cui l'errore di interpetrazione, commesso dal giudice d'appello, sia denunciato dal ricorrente come motivo di cassazione. Il ricorrente non è mosso dall'interesse teorico alla esatta interpetrazione della legge, ma solo dall'interesse pratico a far annullare una sentenza che egli ritiene *ingiusta* a suo carico; ma, appunto perché il ricorso in cassazione è costruito in modo da utilizzare l'iniziativa privata ai fini pubblici, questo reclamo contro la ingiustizia della sentenza che il ricorrente propone dinanzi alla Corte Suprema, è limitato a quella sola ingiustizia che appaia causata da errore di diritto (*error iuris in iudicando*), cioè da uno di quegli errori di interpetrazione della legge, che la Corte è chiamata a correggere. La parte che si crede a torto soccombente, si sente ugualmente gravata dalla sentenza ingiusta, tanto se questa sentenza dipende da un errore di diritto quanto se dipende da un errore di fatto; ma poiché qui l'interesse individuale alla eliminazione della sentenza ingiusta è utilizzato come strumento dell'interesse pubblico alla eliminazione della inesatta interpetrazione della legge, il ricorso in cassazione è costruito in modo da aprire l'adito all'impugnativa solo quando questi due interessi concordano, e da soddisfarli insieme.

---

(4) Cfr. D'Amelio, in *Enc. ital.*, cit., pag. 538.

Per poter soddisfare l'interesse individuale che è la molla del ricorso, la Corte non si limita a censurare accademicamente la interpetrazione erronea che il ricorrente ha portato a sua conoscenza, ma fa sentire il suo influsso pratico sul processo di merito, in quanto, col dispositivo della sua decisione, annulla (cassa) la sentenza basata sulla interpetrazione da essa riprovata. Così il ricorrente è soddisfatto, in quanto vede distrutta la sentenza di merito, che gli dava torto; ma l'interesse pubblico alla « esatta osservanza delle leggi » attende la sua soddisfazione, più che dal dispositivo della decisione della Suprema Corte, dalla sua motivazione: è infatti con questa motivazione che essa spiega, affinché tutti i giudici d'ora in avanti ne tengano conto, le ragioni giuridiche per le quali essa approva o disapprova (*censura*) la interpetrazione di diritto data dalla sentenza denunciata. E mentre l'interesse privato, all'annullamento della sentenza ingiusta è soddisfatto soltanto in caso di accoglimento del ricorso, l'interesse pubblico al controllo sull'interpetrazione giudiziaria è appagato in ogni caso, perché, servendo il ricorso come occasione per prospettare alla Corte un problema di diritto in astratto (un problema di *massima*) sorto in occasione di una controversia concreta, lo scopo di risolvere tale problema e di fissare la *massima* è raggiunto attraverso i motivi della sentenza della Cassazione anche se il ricorso è respinto.

4. — Così nel fissare le « massime », cioè nel formulare risoluzioni di diritto estensibili a tutti i casi simili, si esplica la funzione essenziale della Corte di cassazione; la quale, se è funzione prettamente giurisdizionale in quanto accoglie o respinge il ricorso, ossia afferma o nega il diritto del ricorrente all'annullamento della sentenza denunciata, è funzione, si potrebbe dire, di ammaestramento scientifico (anche nel linguaggio dei pratici le sentenze della Corte Suprema si chiamano « insegnamenti », e i suoi dissensi si chiamano « censure ») in quanto essa serve di direttiva e di esempio alla corretta decisione dei casi futuri. Posta al vertice della vita giudiziaria nazionale, essa, in virtù dei ricorsi che funzionano quasi da « segnalatori » delle interpetrazioni erronee (nel linguaggio forense si dice che il ricorrente « denuncia » alla Corte Suprema gli errori di diritto) diventa il centro di raccolta delle sentenze erronee, e trova dinanzi a sé, portato a sua disposizione dalla sempre vigile iniziativa privata, il materiale per controllare e per filtrare la giurisprudenza di tutto lo Stato. In questo modo essa non solamente impedisce il formarsi di opinioni aberranti che, pur non avendo efficacia obbligatoria, portino tuttavia in sé il pericolo del contagio, ma concorre altresì positivamente con le sue pronuncie a fissare le massime, che serviranno d'ora in avanti di guida e di orientamento a tutti gli altri giudici.

Questo lavoro di selezione della giurisprudenza, questa determinazione del precedente accreditato, rimane sempre nei limiti della interpetrazione giudiziaria, senza sconfinare nel campo della interpetrazione autentica (oltre, n. 63): le decisioni della Corte di cassazione non hanno infatti il valore di « precedenti », giuridicamente obbligatorî per tutti i casi simili, ma un valore meramente *persuasivo* ed *esemplare*.

Ma, con tutto questo, le pronuncie della Corte Suprema, che vengono anche solennemente chiamati i suoi « responsi », esercitano di fatto su tutta la vita pratica del diritto una efficacia di *ratio scripta* chiarificatrice, che giustamente è stata qualificata « didattica »: in quanto si può dir veramente che nelle decisioni di questo organo supremo si coordinino e si fondino con le esigenze della pratica gli insegnamenti della dottrina, e si elabori, nella sua forma essenziale, il pensiero giuridico nazionale (5).

Capo II

5. — Il complesso organismo giudiziario-processuale, che ha così alte funzioni negli ordinamenti contemporanei, è il portato di una lunga evoluzione storica, attraverso la quale l'istituto si è gradatamente arricchito di significati nuovi, fissati nella pratica giudiziaria prima che nelle leggi: le quali molte volte, durante le tappe di tale evoluzione, sono rimaste in arretrato sulla realtà del fenomeno, e tali, come si vedrà, appaiono in parte anche oggi nel nostro diritto.

L'indagine sullo svolgimento storico della Cassazione è una delle più fruttuose e appassionanti che si possano compiere nel campo delle istituzioni giudiziarie; perché essa mostra dalle più remote origini la nascita autonoma, in momenti diversi e separati, dei suoi varî elementi costitutivi, la cui aggregazione e la cui sintesi è un fatto relativamente recente, maturatosi soltanto nello Stato moderno. Tale indagine storica è già stata fatta, in modo approfondito (6) con resultati accettati oggi anche dalla dottrina straniera (7): e qui dobbiamo limitarci a un riepilogo.

Si può dire in generale che, se l'aggregazione dei diversi elementi costitutivi nel binomio Corte di cassazione-ricorso in cassazione risale al diritto francese del secolo XVIII, assai più remota è la separata elaborazione di tali elementi, e soprattutto di quel mezzo di impu-

---

(5) Cfr. il mio scritto: *La cassazione e i giuristi* (*Studi*, III, pag. 267).

(6) Cfr. il mio lavoro: *La Cassazione civile*, vol. I: *Storia e legislazioni* [e vol. VI di queste *Opere*].

(7) Cfr. soprattutto il libro dello Schwinge, cit. in Bibl., § 1.

gnazione che doveva poi diventare, sotto il nome di ricorso in cassazione, lo strumento processuale della Corte regolatrice.

Il ricorso in cassazione, come mezzo per provocare dal giudice superiore l'annullamento di una sentenza viziata da ingiustizia *in iure*, è la somma di diversi concetti: vi è il concetto (*a*) che il giudice, il quale pronuncia una sentenza ingiusta, contravvenga più gravemente al suo ufficio quando l'ingiustizia sia l'effetto di un errore di diritto che non quando derivi da un errore di fatto, e che di conseguenza la sentenza ingiusta per un errore di diritto debba considerarsi *più gravemente viziata* che non quella ingiusta per un errore di fatto; vi è il concetto (*b*) che, contro la sentenza ingiusta per errore di diritto, debba esser concesso alle parti un rimedio esperimentabile *oltre ed in più* di quelli dati contro la semplice ingiustizia. Il primo concetto è di origine schiettamente romana; il secondo è di formazione più recente.

6. — *a*) Già nelle Fonti romane (ove alla sentenza *iniusta* per errore di giudizio, appellabile ma capace di passare in giudicato se non appellata in tempo, si contrappone la sentenza *nulla* per difetti di forma, giuridicamente inesistente e quindi inidonea a passare in giudicato per mancanza d'appello, poiché « *non videtur appellandi necessitas fuisse, cum sententia iure non teneat* »: l. 4, C, *quando prov.*, 7, 64), si trova quel fenomeno che sta alla base di tutto l'istituto della Cassazione e ne costituisce il germe, che è l'estensione del concetto di nullità (in origine appropriato ai soli *errores in procedendo*) ai casi più gravi di *iniustitia* derivante da errori di diritto particolarmente gravi. Sono celebri gli esempî contenuti nella l. 2, C, *huius tit.*, 7, 64, e l. 1, § 2, D, 49, 64, nelle quali si chiarisce che mentre è semplicemente appellabile la sentenza in cui il giudice abbia errato nel risolvere la questione di fatto attinente alla controversia concreta, o anche nel ritenere inapplicabili a quei fatti certe disposizioni di legge « *quod non existimat causam de qua iudicat per eas iuvari* » (l. 32, D, *de re iud.*, 42, 1), è nulla, cioè inesistente, la sentenza nella quale il giudice abbia disconosciuto la sussistenza in astratto di una norma giuridica esistente e si sia con ciò rifiutato di riconoscere come legge il diritto costituito. In questo secondo caso le Fonti romane (che parlano qui di sentenza data « *contra tam manifesti iuris formam* »; « *expressim... contra iuris rigorem data* »; « *specialiter contra leges* »; ecc.), vedono un vizio più allarmante della semplice ingiustizia; perché non è in giuoco qui soltanto, come nel caso di sentenza ingiusta per errore di fatto, l'interesse del singolo soccombente, ma è in giuoco altresì l'osservanza della legge nella sua portata generale ed astratta: talché l'ingiustiza della sentenza porta con sé, in questo caso, un pericolo di

carattere costituzionale e politico, *con portata eccedente la singola controversia*, derivante dalla ribellione del giudice alla legge, di cui egli sarebbe chiamato ad esser l'interpetre. Questa contrapposizione tra l'ingiustizia che colpisce il singolo (che può, se vuole, reagire contro di essa mediante l'appello) e la ingiustizia che offende la legge nella sua portata generale (per la quale, senza bisogno d'appello, non si forma mai una sentenza capace di costituir giudicato) viene formulata nelle Fonti romane con quella famosa contrapposizione a cui sempre si risale quando si parla delle origini della Cassazione: mentre nel primo caso il giudice pronuncia « *contra ius litigatoris* », nel secondo pronuncia « *contra ius constitutionis* » (l. 1, § 2, D, 49, 8, Macro) (8), e viene con questo ad offendere non il diritto soggettivo del singolo, che rimane ugualmente sacrificato qualunque sia l'errore, di fatto o di diritto, da cui deriva la ingiustizia della sentenza, ma l'osservanza della legge come precetto astratto, l'ossequio alla volontà del legislatore, e quasi si potrebbe dire, precorrendo concetti moderni, quel principio costituzionale di repartizione dei poteri per cui il giudice è chiamato ad applicare la legge e non a crearla o a riformarla a suo arbitrio.

Risale dunque al diritto romano questa che è poi stata nei secoli, per lo svolgimento della Cassazione, l'idea più feconda: che tra i varî *errores in iudicando* da cui può essere viziata una sentenza ingiusta, alcuni hanno una portata eccedente l'interesse del privato e attinente ai rapporti tra legge e giudice. Non dunque la contrapposizione tra *error facti* ed *error iuris* sta alla base di questa distinzione, ma il riconoscimento di una speciale categoria di errori di diritto che (in antitesi ai restanti errori di diritto, ed a tutti gli errori di fatto), hanno una gravità *politica* che tutti gli altri errori, in cui il giudice può incorrere, non presentano. L'idea, che, come si vedrà, sta alla base della Cassazione, di una *più forte reazione della legge per difendersi dalla ribellione del giudice* (nomofilachia), è dunque, nel suo germe, romana.

b) Ma nel diritto romano manca assolutamente la nozione di un apposito mezzo di impugnativa destinato a toglier vigore alle sentenze viziate da questo più grave difetto. La nullità delle sentenze, nel diritto romano, operava *ipso iure* senza bisogno di uno speciale mezzo di impugnativa: *sententia nulla* voleva dire « nessuna sentenza » (*nec ulla sententia*; *kein Urtheil*), e per far accertare la inesistenza di una pronuncia che fosse, giuridicamente, una sentenza, non c'era bisogno di un'azione di impugnativa, ma poteva tutt'al più bastare una pro-

---

(8) *Cass.*, vol. I, nn. 22 e 23.

nuncia di carattere meramente *dichiarativo*, provocata dall'interessato, in via di azione o di eccezione e non soggetta a termine (9).

Affinché potesse nascere la prima idea di uno speciale mezzo di impugnativa, che costituisca quasi, sotto l'aspetto processuale, l'archetipo del nostro ricorso in cassazione, occorreva che si compiesse una profonda trasformazione nel concetto generale di *nullità* della sentenza, concepita non più come inesistenza giuridica, iniziale ed assoluta, della sentenza viziata da certi difetti, ma come vizio di una sentenza esistente che, pur non impedendo alla sentenza di esistere giuridicamente, apre tuttavia l'adito ad un apposito rimedio volto ad annullarla. Questa trasformazione, che lo SKEDL (10) ritiene dovuta all'introdursi nella tradizione romana del concetto germanico, di cui era espressione la *Urteilsschelte*, della « forza formale » (*Formalkraft*) della sentenza, si trova già compiuta nel diritto statutario italiano; e viene poi perfezionata nel diritto comune, dove la sentenza *nulla* non è più, come nel diritto romano, giuridicamente inesistente, ma è impugnabile con un apposito rimedio, diverso dall'appello, esperimentabile in un termine più lungo, ma soggetto, come l'appello, a preclusione: con la conseguenza che anche la sentenza nulla, se non è impugnata in tempo, può acquistare autorità di giudicato. La nullità, insomma, può venir *sanata* dal decorso del termine di impugnativa. La fondamentale novità che, a paragone del diritto romano, appare nel diritto comune, è il concetto di una nullità *sanabile*, ossia di una *annullabilità* che può esser fatta valere mediante un apposito mezzo di impugnativa diverso dall'appello, precluso il quale la annullabilità non può più esser invocata, e la sentenza è come se fosse stata fin dall'inizio pienamente valida e regolare.

Nelle varie forme che la *querela nullitatis* assunse nelle frammentate legislazioni e nelle multiformi dottrine del diritto comune, oscillanti inconsapevolmente tra le concezioni romane e le nuove tendenze del processo statutario, la acquisizione essenziale fu questa: l'idea di un mezzo di impugnativa necessario per far pronunciare la nullità della sentenza, e concepito non come un'azione *dichiarativa* volta semplicemente a far constatare una originaria inesistenza giuridica, ma come un'azione *modificativa*, volta a far annullare da un giudice superiore una sentenza viziata, ma in sé giuridicamente valida (11): la

---

(9) *Cass.*, vol. I, nn. 6-9. Recentemente è stato sostenuto dal BIONDI (*Intorno alla romanità del processo civile moderno*, pagg. 417-419, Roma, 1935), che il germe della querela di nullità è romano.

(10) *Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihr. geschichtlichen Entwicklung*, Leipzig, 1886.

(11) *Cass.*, vol. I, n. 76.

stessa differenza che passerebbe, per così dire, tra l'esecuzione capitale di una persona vivente, e la semplice constatazione di un decesso (12). Nella elaborazione dottrinaria dei motivi per i quali poteva esser esperimentata la querela di nullità, fu non solo mantenuta, ma sviluppata la equiparazione, già vista nel diritto romano, tra la sentenza *nulla* per difetti di attività e la sentenza *ingiusta* per difetti di giudizio ritenuti più gravi; ma il criterio per determinare questa maggior gravità processuale di alcuni casi di ingiustizia, che nel diritto romano era stato un criterio essenzialmente *politico*, fu ricercato ora nella maggior « *evidenza* » dell'errore, in quanto, partendo dal principio che « *notoria iniustitia et nullitas fraternizent et aequiparentur* » (13), si ammise, specialmente per influsso del diritto canonico, che ogni *error in iudicando*, di diritto o di fatto, potesse dar luogo a querela di nullità, purché fosse apertamente constatabile nella sentenza, *notorius*, *manifestus*, *expressus*. Tra questi errori che poterono dar luogo a querela di nullità vi fu anche quello consistente nel negare la chiara lettera della legge come precetto di portata generale (*error contra ius in thesi clarum*); ma esso produceva la nullità non perché fosse *error iuris*, ma perché era un errore che il giudice poteva rilevare da sé dalla sentenza (*iura novit curia*), cioè un *error expressus* (14).

7. — Si può dire così che la *querela nullitatis* del diritto statutario italiano e del diritto comune, quando veniva portata al giudice superiore per far annullare una sentenza viziata da un *error iuris in iudicando*, avesse già, sotto l'aspetto puramente processuale, la struttura che ha oggi il ricorso in cassazione.

Ma quella combinazione tra il mezzo di impugnativa e l'organo giudiziario supremo, a cui deve esser necessariamente proposto, quell'accentramento del mezzo di impugnativa in un supremo consesso avente una funzione di carattere costituzionale diversa da quella di render giustizia, è assolutamente estraneo agli ordinamenti giudiziarî italiani anteriori alle codificazioni.

Se in diverse magistrature speciali degli Stati italiani dell'età intermedia, a partire da quelle dei Comuni, la *querela nullitatis* si trova adoperata come mezzo di nomofilachia per assicurare l'osservanza degli statuti e delle leggi da parte dei giudici (si pensi, tra gli esempî

---

(12) Questa differenza, se non erro, è stata trascurata dal Biondi, cit., nella nota 9.

(13) Scaccia, in *Cass.*, vol. I, pag. 171.

(14) Su questa evoluzione cfr. i miei *Studi*, I, pag. 55 e segg.; e *Cass.*, vol. I, nn. 61-67, 85.

più notevoli, all'*Exgravator* degli Statuti milanesi del 1396 (15); ai *Syndicatores* degli Statuti genovesi del 1587 (16); ai *Conservatori delle leggi* di Venezia o di Firenze) (17), o anche come mezzo di controllo, affidato al giudice superiore, per assicurare il rispetto delle forme processuali, *in procedendo*, da parte del giudice inferiore (così i *Sindaci* veneziani o la *Segnatura* pontificia) (18), certo è che a queste magistrature era assolutamente estraneo lo scopo, oggi prevalente nella Cassazione, della difesa della unità del diritto attraverso la uniformità della giurisprudenza; e tale intento mancò anche ai Tribunali supremi dei varî Stati italiani, che, pur essendo posti al vertice delle rispettive gerarchie giudiziarie, come emanazione della sovranità giurisdizionale del principe, erano in realtà organi di terza o suprema istanza, che estendevano il loro riesame a tutti gli errori, di diritto o di fatto, al solo scopo di garantire il buon funzionamento della giustizia nel caso singolo (19): ogni tentativo di trovare l'archetipo della Corte di cassazione in questi Tribunali supremi, e specialmente, come si è cercato, nel Sacro Regio Consiglio del Regno di Napoli o nel Supremo Tribunale della Segnatura dello Stato Pontificio (20) è destinato a fallire, perché, se in questi Tribunali supremi si può riscontrare qualche somiglianza di forme esteriori, manca in essi del tutto quello scopo politico, eccedente lo scopo strettamente giurisdizionale, che è la novità della Corte di cassazione nello Stato moderno.

8. — La origine della Cassazione, come complesso istituto giudiziario-processuale, va ricercata in Francia: e precisamente nell'opera legislativa della Rivoluzione, che assegnò nuovi còmpiti e fornì nuovi spiriti di espansione vitale a un istituto già esistente sotto l'*ancien régime.*

In quella lotta secolare che si svolse in Francia tra il potere accentratore della Monarchia e le tendenze decentratrici dei Parlamenti (organi giudiziarî di ultima istanza sorti in diverse città, a somiglianza di quello di Parigi), un'arma frequentemente adoperata dal Sovrano per paralizzare le invasioni tentate da quelle *Cours souveraines* sul terreno delle prerogative regie fu quello di annullare « *de son propre mouvement* » gli atti compiuti da tali Parlamenti in occasione delle loro funzioni giurisdizionali, che comunque apparissero contrarî alla

---

(15) *Cass.*, vol. I, n. 81.
(16) Op. cit., vol. I, n. 82.
(17) Op. cit., vol. I, n. 80.
(18) Op. cit., vol. I, n. 86.
(19) Op. cit., vol. I, nn. 87-95.
(20) Op. cit., vol. I, n. 93.

volontà del Monarca: e specialmente di annullare (*casser*) le loro sentenze, quando, essendo rese in contravvenzione alle ordinanze, editti e dichiarazioni regie (cfr. Ordinanza di Blois del maggio 1579, art. 208; Ordinanza 1667, tit. I, artt. 6-8) fossero perciò da considerarsi « *nuls et de nul effet et valeur* » (21). Ma da questo potere, esercitato dal Re, di cassare, di propria iniziativa e a difesa delle prerogative regie, le sentenze di queste Corti sovrane « *dont les jugemens ne peuvent être cassez que par le Roi* » (22), si sviluppò, per un fenomeno di coordinazione dell'interesse privato all'interesse pubblico simile a quello che tipicamente si mantiene nella Cassazione moderna, un vero e proprio mezzo di impugnativa (*demande en cassation*) concesso alla parte soccombente in un giudizio « *en dernier ressort* », per denunciare al sovrano, a scopo di annullamento, la sentenza di un Parlamento che fosse viziata da *contravention aux ordonnances*, senza distinguere se si trattasse di ordinanze attinenti al processo, o di ordinanze attinenti al merito, *fond.* La struttura processuale di questa *demande en cassation* era dunque simile a quella della *querela nullitatis* del diritto comune; ma, a differenza di questa, che, come si è visto, non era un mezzo di impugnativa riservato alla cognizione di un apposito organo giudiziario, la *demande en cassation* poteva essere diretta soltanto *al Sovrano*, che ne prendeva cognizione attraverso il proprio Consiglio di governo, entro il quale, quando la cassazione cominciò ad assumere il carattere di un istituto funzionante regolarmente, si specializzò un'apposita sezione, detta *Conseil des parties* (23), con la specifica competenza di conoscere sui ricorsi diretti dai privati al Sovrano in materie attinenti all'amministrazione della giustizia, e di annullare, con rinvio ad altro giudice (24), le sentenze che apparissero veramente viziate dalla contravvenzione denunciata.

Si ebbe così, nella *demande en cassation* (l'esercizio della quale fu disciplinato con un regolamento del 1738, che è ancora in parte in vigore) un mezzo di impugnativa esclusivamente riservato alla cognizione del *Conseil des parties*, come si ebbe in questo l'organo appositamente creato per decidere sulle *demandes en cassation*: quella reciproca coordinazione tra mezzo di impugnativa e giudice di impugnativa, che è proprio della Cassazione moderna, era già, sotto l'*ancien régime*, un fatto compiuto nel *Conseil des parties*. Ed anche era già pienamente visibile lo scopo politico e costituzionale, non semplicemente giudiziario, di questo binomio: poiché già JOLY DE

(21) Op. cit., vol. I, cap. XVI.
(22) FERRIÈRE, op. cit., vol. I, pag. 310.
(23) Op. cit., vol. I, pag. 355.
(24) Op. cit., vol. I, n. 133.

FLEURY, in una memoria presentata a Luigi XV, osservava che « *la cassation a été introduite plutôt pour le maintien des ordonnances que pour l'intérêt des justiciables* » (25). L'archetipo della Cassazione è dunque già nel *Conseil des parties* dell'*ancien régime*, organo supremo istituito nel consiglio politico del Sovrano, per controllare l'attività dei giudici, attraverso il giudizio sulle domande di nullità presentate dai privati contro le sentenze, altrimenti inappellabili, delle Corti di seconda istanza; ma a questo organo, che era soprattutto uno strumento delle prerogative regie, mancava ancora assolutamente quella funzione di unificazione della interpetrazione giudiziaria, che doveva essere nel periodo successivo il suo ufficio caratteristico.

9. — Lo strumento di lotta del potere regio contro i Parlamenti ribelli fu ripreso dalla Rivoluzione francese, e trasformato in uno strumento per la difesa della legge contro le trasgressioni dei giudici. Lo spirito dell'istituto fu cambiato, lo scopo ne fu allargato, il nome stesso fu modificato; ma lo scheletro processuale rimase quello che già era stato elaborato sotto l'*ancien régime*. Nacque così (26), col nuovo rivestimento che fu adattato su questo scheletro dalle ideologie rivoluzionarie, e soprattutto da quelle, tratte dagli scritti del ROUSSEAU e del MONTESQUIEU, che magnificavano la onnipotenza della legge e la uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge, il *Tribunal de cassation*, fondato da quel decreto 27 novembre-1° dicembre 1790 (27), che è anche oggi il testo fondamentale dell'istituto.

In questa sua forma originaria il *Trib. de cassation* fu, in conformità delle concezioni che ne ebbero, nelle discussioni svoltesi dinanzi all'Assemblea, gli uomini più rappresentativi della Rivoluzione tra i quali primeggiò ROBESPIERRE (28), non un organo giudiziario, ma un organo di *controllo costituzionale*, posto a fianco del potere legislativo per sorvegliare l'attività degli organi giudiziarî e per reprimere le invasioni con cui i giudici tentassero di sottrarsi alla osservanza della legge: « *une sentinelle* — come disse il PRIEUR nella seduta dell'Assemblea dell'11 novembre 1790 — *établie pour le maintien des lois* ». Sullo scheletro del *Conseil des parties*, il *Trib. de cass.* sorse come espressione di una profonda diffidenza dei legislatori rivoluzionarî contro i giudici, considerati come il più grave pericolo per il mantenimento delle leggi: da questa stessa diffidenza (alla quale i legislatori rivoluzionarî si credevano inspirati dagli insegnamenti del MONTESQUIEU,

(25) Op. cit., vol. I, pag. 333.
(26) Op. cit., vol. I, sez. 2ª.
(27) Op. cit., vol. I, pag. 432.
(28) Per più esatti particolari, cfr. op. cit., vol. I, pag. 429 e segg.

che rappresentava il giudice ideale come un inanimato portavoce della legge, ma nella quale erano altresì eredi inconsapevoli della ostilità della Monarchia contro le ribellioni dei Parlamenti) ebbe origine, nei primi anni della Rivoluzione, quell'assurda disposizione che vietava ai giudici ogni potere di interpetrare le leggi, anche se con efficacia limitata al singolo caso controverso (interpetrazione giudiziaria), e che, attraverso il singolare istituto del *référé législatif* (29) veniva in realtà a togliere ai giudici, per trasferirlo negli organi legislativi, il potere di giudicare.

Con questo nuovo spirito, il *Trib. de cassation* conservò fondamentalmente la struttura processuale che il *Conseil des parties* aveva adattata alle nuove concezioni. Su ricorso del privato, o anche d'ufficio *dans l'intérêt de la loi* (*ius constitutionis!*), il *Trib. de cassation* annullava le sentenze *en dernier ressort* che contenessero « *une contravention expresse au texte de la loi* »; e, senza conoscere del merito (*fond des affaires*), rinviava ai giudici competenti, per una nuova sentenza. Se questa era conforme a quella cassata, si poteva di nuovo ricorrere in cassazione; ma se anche il secondo giudice di rinvio persisteva nel seguire un diverso avviso, allora doveva aver luogo il *référé obligatoire* (distinto dal *référé facultatif*, a cui i giudici di merito potevano ricorrere di propria iniziativa nel corso di un giudizio) al *Corps législatif*, che emanava un decreto interpetrativo della legge, cui doveva finalmente uniformarsi il terzo giudice di rinvio. A questo ordinamento originario del *Trib. de cassation* era evidentemente estraneo ogni scopo di unificazione della interpetrazione giurisprudenziale: il *Tribunal*, nonostante il suo nome, non era un organo giurisdizionale, perché esso, dopo aver esercitato il suo ufficio meramente negativo, che era quello di impedire che i giudici uscissero dai confini segnati dalla legge, si asteneva poi rigorosamente, per non usurpare funzioni giudiziarie che non gli spettavano, dal pronunciarsi comunque sulla interpetrazione della legge o sulla decisione della controversia, e solo in caso di persistenza del dissidio, si limitava a mettere in contatto i giudici col potere legislativo, mediante il *référé*. Il carattere puramente negativo delle pronuncie di questo *Tribunal*, nonché la piena libertà del giudice di rinvio di ribellarsi alla sua censura, furono logiche conseguenze del carattere non giudiziario di questo organo di controllo, di cui ogni influsso *positivo* sull'esercizio della giurisdizione sarebbe apparso come uno sconfinamento nel territorio della funzione giudiziaria e quindi come una violazione di quel principio della separazione dei poteri, di cui i rivoluzionarî furono rigidi custodi.

---

(29) Op. cit., vol. I, nn. 165 e 166.

10. — Prendendo le mosse da queste leggi rivoluzionarie, la Cassazione francese, con uno dei più singolari esempî di evoluzione consuetudinaria che si possa riscontrare nella storia degli istituti giudiziarî, cominciò a vivere di vita propria, fuori degli stretti limiti segnati dalle leggi che l'avevano fondata: a poco a poco, quasi inconsapevolmente, il consesso creato come organo di controllo negativo posto al di fuori dell'ordinamento giudiziario si trasformò in un organo giurisdizionale, posto al vertice delle gerarchie giudiziarie, regolatore *positivo* della giurisprudenza.

Di questa trasformazione, le cui tappe storiche sono state per la prima volta seguite dal GENY (30), non si può dire che si trovi una sicura traccia nelle leggi. Aboliti dal codice Napoleonico l'assurdo divieto di interpetrazione giudiziaria ed il *référé facultatif*, e riportata la interpetrazione della legge in relazione al singolo caso controverso tra gli uffici essenziali del giudice, la Cassazione (che prese il nome di *Cour*, in luogo di quello di *Tribunal*, a partire dal Senato-consulto del 28 floreale anno XII) estese il suo controllo, che prima era limitato alla sola « *contravention expresse au texte de la loi* », alla erronea interpetrazione ed alla falsa applicazione della legge, fino ad arrivare a tutti gli errori di diritto *in iudicando*.

In corrispondenza con questo allargamento dei motivi di cassazione, la Corte cominciò ad esercitare sulla giurisprudenza un influsso positivo sempre crescente: le sue decisioni sempre meglio motivate assunsero sempre più il carattere di autorevoli precedenti, e attraverso diversi sistemi intermedî (31) si arrivò alla legge fondamentale del 1° aprile 1837, colla quale, abolito definitivamente il *référé obligatoire* al legislatore, si stabiliva che, manifestandosi su un punto di diritto una divergenza tra i giudici di merito e la Corte di cassazione, la pronuncia di questa, resa a sezioni unite, doveva far stato per il secondo giudice di rinvio, che « *se conformera à la decision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette Cour* ». Con questa legge fu riconosciuto alla Cassazione, in armonia colla evoluzione pratica da essa già compiuta, un potere *positivo*, sia pure mediato: nel dissidio tra essa e il giudice di rinvio, la sua opinione doveva finir col prevalere, avendo una efficacia *di diritto* sulla decisione del caso concreto, e insieme, *di fatto*, sulla eventuale decisione futura di tutti i casi simili.

Da allora, e in modo sempre più deciso e consapevole, la Corte di cassazione diventò quello che oggi è, cioè la Suprema Corte regolatrice della interpetrazione giurisprudenziale; ed essa assunse in pieno

---

(30) Op. cit., vol. I, pag. 534, nota 1.

(31) Op. cit., vol. I, n. 186.

quella funzione che oggi la pratica e la dottrina in Francia le assegnano: quella di « *élaborer une jurisprudence* » (32). Si tenga presente però che questa trasformazione della Cassazione avvenne in Francia senza che fossero aboliti quei testi di legge che rispondevano a una concezione ristretta e diversa dell'istituto: anche oggi, a distanza di un secolo e mezzo, la Cassazione francese è retta formalmente da testi legislativi che risalgono al periodo rivoluzionario, ed anche, in parte, (Regol. del 1738) all'*ancien régime* (33), senza che, all'infuori di ritocchi parziali (34), esista una codificazione corrispondente alla sua vera funzione attuale. Sicché molte delle disposizioni che ancora formalmente la disciplinano, costituiscono, anziché strumenti adeguati alle sue finalità, ostacoli che la pratica si sforza di superare.

11. — Dall'ordinamento giudiziario francese la Cassazione passò in Italia (35), ove invano si cercherebbero precedenti positivi o dottrinarî dell'istituto. Dopo una breve apparizione nel periodo rivoluzionario e napoleonico, in cui, nei varî Stati italiani di quel tempo, la Cassazione fu introdotta con qualche tentativo di amalgamarla col sistema locale della Terza istanza (nella Repubblica Cisalpina, nella Repubblica Ligure, in Toscana, nella Repubblica Partenopea, ecc.) (36), la Cassazione fu accolta da diversi Stati italiani, nelle codificazioni a tipo francese della prima metà del secolo XIX. Estranea alle leggi a tipo austriaco del Lombardo-Veneto, accolta solo in parte e con notevoli deviazioni dal tipo originario nelle legislazioni processuali parmense (c.p.c., 6 giugno 1820), estense (c.p.c., 14 giugno 1852), lucchese, pontificia (Regol. gregoriano 10 novembre 1834), l'istituto fu ricevuto in pieno nelle codificazioni del Regno delle Due Sicilie (L. 29 maggio 1817; Leggi proc. civile 26 marzo 1819) e soprattutto, nella forma assunta in Francia dopo il 1837, in quella della Toscana (*Motu proprio* 6 agosto 1838) e del Piemonte (regio editto 30 ottobre 1847; c.p.c., 16 luglio 1854 e 20 novembre 1859) (37).

All'unificazione del Regno, la Cassazione, senza sostanziali modificazioni, penetrò, nonostante la ostilità dei fautori della Terza istanza, nell'ordinamento giudiziario e nel c.p.c. del 1865; ma le tendenze all'autonomia decentratrice, sopravvissute per decennî all'unificazione,

---

(32) PÉAN, *La Cour de cassation* (*Encyclopédie française*, vol. X, pag. 1034, 14).

(33) Op. cit., vol. I, pag. 573, n. 202.

(34) Gli artt. 7-8 del decreto 30-X-1935 (Ministero LAVAL) contengono disposizioni per semplificare e abbreviare il procedimento di cassazione.

(35) *Cass.*, vol. I, cap. XXIX, parg. 691 e segg.

(36) *Cass.*, vol. I, cap. XXIX.

(37) *Cass.*, vol. I, cap. XXX.

fecero sì che, in luogo di una Corte di cassazione unica al vertice della gerarchia giudiziaria, fossero lasciate in vita cinque Cassazioni regionali (Torino, Firenze, Roma, Napoli, Palermo) che, quasi a irridere colla loro assurda pluralità quegli scopi di unità del diritto e di unificazione della giurisprudenza da cui l'istituto della Cassazione trae vita, rimasero in vigore per mezzo secolo, fino al 1923. La lotta per la unificazione della Cassazione, sostenuta dagli studiosi ai quali per cinquant'anni si opposero le resistenze regionali di cui si faceva strumento il Parlamento (38), ebbe una prima vittoria alla L. 6 dicembre 1888, n. 5825, che unificò a Roma la Cassazione penale; ed ebbe la sua vittoria piena con il R.D. 24 marzo 1923, n. 601, col quale, per merito del Guardasigilli Oviglio, fu unificata anche la Cassazione civile, e l'Italia potè aver finalmente in Roma nella Cassazione la consacrazione giudiziaria dell'unificazione nazionale e l'organo per lo sviluppo unitario della sua giurisprudenza (39).

12. — Dal diritto francese il sistema della Cassazione è largamente penetrato nelle legislazioni europee.

Non è possibile, data l'indole di questa trattazione, entrare in dettagli. Ci limiteremo ad osservare che, per seguire la diffusione della Cassazione nel mondo, le legislazioni processuali si possono dividere in tre gruppi: vi è un gruppo di legislazioni, europee ed extraeuropee, alle quali il sistema è rimasto completamente estraneo (Inghilterra, Danimarca, Danzica, Svezia, Norvegia, Finlandia, Russia, Stati Uniti d'America, Argentina, Brasile, Panama, Paraguay, Perù, Palestina, ecc.) (40): vi è un gruppo, forse il più numeroso, nel quale la Cassazione è stata accolta fedelmente nella forma francese (Belgio, Olanda, Estonia, Lussemburgo, Spagna, Grecia, Bulgaria, Polonia, ecc.) (41) e vi è finalmente un gruppo di legislazioni, che per la dogmatica dell'istituto è forse il più interessante, nelle quali, se non sono stati adottati il nome e le forme del ricorso in cassazione concepito come querela di nullità, si è però adottato un sistema che si prefigge, con forme processuali più moderne, gli stessi fini di unificazione della giurisprudenza, per i quali la Cassazione è oggi viva e vitale. È questo il sistema della *Revision* germanica (Germania, Austria, Ungheria, Svizzera, ecc.), il quale, pur conservando al vertice dell'ordinamento

---

(38) Cfr. riassunto il problema in *Cass.*, vol. II, 130-131.

(39) Per lo sviluppo della Cassazione nel periodo successivo all'unificazione, cfr. D'Amelio, *Corte di cassazione*, cit., e del medesimo, l'articolo *Kassationshof*, in Magnus, op. cit. in Bibl., pag. 238 e segg.

(40) Cfr. *Cass.*, vol. I, cap. XXVIII; e Magnus, op. cit., *passim*.

(41) *Cass.*, vol. I, cap. XXVI.

giudiziario un Tribunale supremo destinato a mantenere la uniformità della interpetrazione e quindi a conoscere solo questioni di diritto, ha dato a questo organo una funzione francamente *positiva*, codificando e regolando quello che nella Cassazione francese è soltanto una tendenza pratica esorbitante dalla forma originaria dell'istituto. Al ricorso in cassazione, che mira all'annullamento della sentenza, si è sostituita così una terza istanza limitata al riesame di diritto (*revisio in iure*), che dà al Tribunale supremo funzioni di cooperazione positiva alla decisione delle controversie (42). Ma l'idea che presiede a questo istituto è sempre quella che dà alla Cassazione la sua originalità: sicché, come oggi gli stessi giuristi tedeschi cominciano a riconoscere (43), il sistema della *Revision* si deve considerare, più che come una contrapposizione, come una continuazione e uno sviluppo (vedremo a suo tempo se in tutto felice) della Cassazione francese.

Per notizie più dettagliate, si possono consultare gli articoli sui Tribunali supremi di tutto il mondo, scritti da giuristi di chiara fama (per l'Italia MARIANO D'AMELIO), e riuniti da JULIUS MAGNUS nel suo volume *Die Höchsten Gerichte der Welt* (Leipzig, 1929) (44).

13. — Questo schematico profilo delle vicende della Cassazione può esser sufficiente, crediamo, a dimostrare la grande importanza che nella interpetrazione dogmatica dell'istituto ha, in questo più che in ogni altro campo del processo, il criterio storico. Mentre per altri istituti, di fronte alla cui evoluzione il diritto positivo si trova per così dire già messo al corrente, ogni indagine sui precedenti storici può apparire come un lusso letterario, per la Cassazione ci troviamo di fronte a questo singolare fenomeno: che le leggi dalle quali la Cassazione è formalmente disciplinata (in Francia, e per riflesso in Italia) *risalgono a una tappa dell'istituto che esso ha nella pratica superato*; sicché, per rendersi conto della loro frequente inadeguatezza alla realtà attuale dell'istituto, bisogna ad ogni momento, per aver idee chiare, risalire alle sue origini storiche. Giova pertanto avvertire fin d'ora che lo studio dogmatico della Cassazione nel diritto vigente non può esser condotto se non tenendo conto di questi tre rilievi di ordine storico.

a) Il ricorso in cassazione basato su *errores in iudicando in iure* è formalmente costruito come una *querela nullitatis*, cioè come una impugnativa che tipicamente sarebbe destinata a far valere non i vizî di giudizio ma i vizî di attività attinenti al processo (*errores in pro-*

---

(42) *Cass.*, vol. I, cap. XXIV-XXV, cfr. specialmente nn. 221 e 222.

(43) SCHWINGE, op. cit., § 4.

(44) Cfr. anche WINKEL, *Le problème de la jurisdiction suprême* (Utrecht, 1934) con ricca bibliografia.

cedendo). Questa equiparazione in un unico mezzo di impugnativa degli errori di giudizio *in iure* ai difetti di attività, può parere un'anomalia: ma è una anomalia che risale al diritto romano, e che ha avuto la sua consacrazione nel diritto comune, ove si diceva che « *nullitas et notoria iniustitia fraternizent et aequiparentur* », e nel diritto francese, ove la *contravention à la loi* fu concepita inizialmente come unico vizio, senza far distinzioni tra le leggi attinenti *au fond* e quelle attinenti *à la procedure*. Se dunque per questa originaria assimilazione tra due categorie di vizî, che sembrano oggi inconfondibili al nostro rigore sistematico, il ricorso in cassazione può apparire oggi come un ibrido accozzo di due istituti sostanzialmente diversi, e se può venir fatto di pensare che un'impugnativa basata su un motivo di ingiustizia non può in nessun caso esser confusa con una azione di nullità, non bisogna dimenticare che questa confusione è alle radici storiche di questo rimedio, che fu costruito, e continua ad esserlo nelle legislazioni che hanno seguìto fedelmente il sistema francese, come una vera e propria *querela nullitatis*, anche quando il motivo di impugnativa è un vizio di ingiustizia.

b) La Cassazione ha assunto oggi, nello Stato moderno, la funzione positiva di unificare e disciplinare la interpetrazione giudiziaria del diritto, ponendosi a tale scopo al vertice della gerarchia giudiziaria; ma essa è retta, in Francia e da noi, da leggi che, anziché preordinate al raggiungimento di tale scopo, erano indirizzate al diverso scopo di reprimere, con un controllo puramente negativo, i tentativi dei giudici di invadere il campo del potere legislativo. Certi caratteri processuali, quali la funzione meramente negativa dell'annullamento e la libertà del giudice di rinvio, si spiegano se son posti in relazione col primo scopo; *ma non si conciliano più col diverso scopo oggi assegnato all'istituto*. Ciò non toglie, peraltro, che la struttura processuale del ricorso in cassazione sia, anche oggi, quella che risulta dal diritto tuttora vigente: talché non è lecito, nel ricostruirlo dogmaticamente, prescindere dalla sua struttura positiva, anche se invecchiata.

c) Non bisogna finalmente dimenticare che la Cassazione, pur mirando a uno scopo diverso, o più lontano, di quello a cui mirano i tribunali ordinarî (non alla giustizia in concreto, ma alla esatta e uniforme interpetrazione delle leggi in astratto), si serve per raggiungere tale scopo dell'esercizio della funzione giurisdizionale provocata dalla domanda del privato. Essa rischia pertanto, là dove l'amministrare giustizia le dovrebbe servire soltanto per conseguire scopi che stanno al di là della giustizia nel caso singolo, di dimenticarsi che la giustizia in concreto è per essa mezzo e non scopo, e di lasciarsi deviare dagli espedienti del ricorrente che ignora lo scopo istituzionale e si cura soltanto di ottenere giustizia in concreto.

Difficile e delicata più che di qualunque altro istituto è dunque la ricostruzione dogmatica della Cassazione: si tratta di coordinare le regole vecchie collo spirito nuovo; di intendere quello che la Cassazione è oggi, senza smentire quelle leggi, risalenti a un periodo superato, che sono tuttavia in vigore. In questo edificio che è formato da costruzioni sovrapposte di diversi stili e di epoche tra loro lontane, non è facile trovar l'armonia: si rischia, rimanendo troppo attaccati alle disposizioni positive, di cadere in un formalismo che non vede la strada compiuta dalla Cassazione; si rischia, sopravalutando lo scopo attuale, di considerare abrogate leggi che sono ancora in vigore. Per trovare la via giusta in questa ricostruzione bisogna non trascurare le leggi, senza però dimenticare che tutta la Cassazione *non è nelle leggi*: bisogna d'altra parte cercar di distinguere quello che pur non essendo nelle leggi è già penetrato, senza contraddirle, nel nostro diritto positivo, da quello che può essere aspirazione più o meno discutibile verso una riforma dell'istituto che ne distruggerebbe le basi attuali (45). Per questo, nello studio dell'istituto, è dato essenziale la elaborazione giurisprudenziale: per questo, nelle pagine che seguono, accanto alla più recente dottrina, saranno largamente utilizzate le decisioni della Corte Suprema a partire dalla sua unificazione, la quale, consapevole dei còmpiti ad essa attribuiti, cerca assai meglio dei dottrinarî, che possono anche ignorare il funzionamento pratico dell'istituto, di esprimere nelle sue decisioni la sua funzione e di adattare i suoi vecchi rivestimenti formali alla nuova sostanza che essa sente circolarvi dentro.

Capo III

14. — Il « ricorso per cassazione » è compreso dalla nostra legge processuale (art. 465) tra i mezzi *straordinarî* per impugnare le sentenze.

Quantunque il fondamento razionale della distinzione dei mezzi di impugnativa in *ordinarî* e *straordinarî* sia molto discusso (46) e non manchi chi ne auspica l'abolizione, sembra tuttavia sicuro che tale distinzione, meglio che nella diversità di caratteri estrinseci che tuttavia gli autori diligentemente enumerano, si basi su una reale diversità intrinseca di natura giuridica; per cui sotto la denominazione generica di mezzi per impugnare le sentenze sono compresi in realtà

---

(45) Cfr. su queste tendenze: D'Amelio, in *Monit. trib.*, 1931, 681 e segg.

(46) Sul tema, *Cassazione*, vol. II, cap. VIII, pag. 208 e segg.: ai citati ivi, aggiungere Chiovenda, *Istituzioni*, vol. II, n. 385; Carnelutti, *Lezioni*, vol. IV, n. 308 e segg.; Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, pag. 115 e segg.

due tipi di istituti sostanzialmente diversi, che la dottrina più moderna denomina *mezzi di gravame* (corrispondenti ai mezzi *ordinarî*) e *azioni di impugnativa* (corrispondenti ai mezzi *straordinarî*) (47).

Il mezzo di gravame (tipico, l'appello) è un istituto esclusivamente processuale, strettamente connesso col principio della pluralità delle istanze: servendosi di esso, la parte soccombente in una istanza inferiore provoca il riesame immediato *della stessa controversia* in una nuova fase processuale, l'aprirsi della quale impedisce alla pronuncia emessa nella fase precedente di passare in giudicato. Il giudice di gravame non è dunque chiamato a rescindere un giudicato già formato, e ad indagare per questo se la precedente pronuncia appaia inquinata da determinati vizî, in relazione ai quali meriti di essere annullata ovvero mantenuta in vita; ma è chiamato a giudicare immediatamente *ex novo* sul merito della stessa controversia, senza che prima gli sia necessario rimuovere l'ostacolo della precedente pronuncia, la quale, essendo nata sospensivamente condizionata (art. 482) (48), sarebbe diventata sentenza solo se il gravame, interposto nel termine, non avesse impedito a questo tentativo o embrione di sentenza di trasformarsi in sentenza perfetta col passare in giudicato.

L'azione di impugnativa invece, con un meccanismo simile a quello che esiste nelle azioni volte a rescindere un negozio giuridico annullabile, mira a togliere vigore al giudicato già formato, in quanto esso appaia viziato da determinati difetti che lo rendano annullabile: con tale azione si porta dinanzi al giudice di impugnativa non immediatamente e direttamente la cognizione della controversia già decisa dalla sentenza impugnata, ma la cognizione *di una diversa controversia*, concernente la esistenza del vizio che è titolo per l'annullamento del giudicato (*iudicium rescindens*); solo in un secondo momento, ove l'annullamento sia avvenuto e quindi sia rimosso l'ostacolo che si opponeva al riesame della controversia originaria, questo riesame può avvenire (*iudicium rescissorium*) nei limiti in cui è avvenuto l'annullamento, e in cui si è prodotta quindi la necessità di porre una nuova sentenza nel vuoto lasciato da quella annullata.

L'azione di impugnativa mira dunque, come il mezzo di gravame, a un riesame della controversia; ma mentre col mezzo di gravame questo riesame si ottiene *immediatamente* perché non esiste ancora un giudicato che impedisca il riesame (e il diritto di gravame è appunto il diritto di ottenere in una nuova istanza il riesame *della stessa controversia* già esaminata nella istanza precedente), con l'azione di

---

(47) Cfr. il mio scritto, *Vizî della sentenza e mezzi di gravame* (*Studi*, vol. I, pag. 168 e segg.).

(48) Cfr. *Cass.*, vol. II, nn. 87, 88.

impugnativa il riesame si può ottenere solo *mediatamente*, quando cioè si sia riusciti ad ottenere, mediante un giudizio su questa azione di impugnativa, l'annullamento della precedente sentenza, che, fino a quando rimane in vigore, impedisce il riesame della controversia da essa decisa.

15. — In questa distinzione tra mezzi di gravame e azioni di impugnativa, che è oggi penetrata nella dottrina italiana, e che è applicabile, nonostante le contaminazioni storiche tra i due concetti, anche al diritto positivo (49), il ricorso in cassazione figura tra le azioni di impugnativa: esso infatti dev'essere concepito come un'azione volta non già a provocare immediatamente, dinanzi al giudice di cassazione, un nuovo esame del merito, ma a far decidere per la prima volta dal medesimo sull'azione di annullamento che il ricorrente propone contro la sentenza di merito che si afferma viziata da uno dei difetti (*motivi*) enumerati dalla legge (art. 517); e solamente se questo giudizio sull'azione di annullamento del giudicato (*iudicium rescindens*) avrà, dinanzi alla Corte di cassazione, esito favorevole al ricorrente, il giudicato sarà annullato (« cassato ») e sarà riaperto l'adito al riesame della controversia di merito (*iudicium rescissorium*) dinanzi al giudice competente.

Senonché, mentre la dottrina in generale non sembra restìa ad ammettere che il ricorso in cassazione abbia la natura di un'azione di impugnativa e non di un mezzo di gravame quando è fondato su *errores in procedendo* (oltre, n. 52, *B*, *a*) (50), vi è una certa tendenza a ritenere che esso sia invece (a somiglianza della *Revision* germanica) un vero e proprio mezzo di gravame limitato alla questione di diritto (*revisio in iure*) quando è fondato su *errores in iudicando* (51). In ossequio all'insegnamento del Chiovenda, secondo il quale nella funzione della Corte di cassazione si dovrebbe nettamente distinguere l'ufficio di *annullamento* (per *errores in procedendo*) da quello di *revisione del giudizio di diritto* (per *errores in iudicando*), il Segni, che sembra disposto a considerare come una azione di impugnativa il ricorso basato su *error in procedendo* (52), esclude che tale carattere possa essergli riconosciuto quando è basato su un *error in iudicando*, nel qual caso,

---

(49) Cfr. oltreché gli accenni in Chiovenda, *Ist.*, vol. II, n. 388; Betti, *Dir. proc.*, n. 192; Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, n. 55; contro, per il processo penale, Leone, *Sistema*, citato in Bibliografia.

(50) Cfr. Pavanini, op. cit., in Bibliografia, capp. I-II.

(51) Chiovenda, *Istituzioni*, vol. II, 163, pagg. 90-95.

(52) *La Cassazione civile ed un libro recente*, cit., in Bibliografia, pag. 6; Betti, *Diritto processuale civile*, n. 192, pagg. 692 e 693.

secondo lui, la Corte di cassazione non sarebbe chiamata a conoscere sull'esistenza di un autonomo diritto di annullamento, diverso dal diritto sostanziale che ha già formato oggetto della decisione impugnata, ma sarebbe chiamata a decidere proprio sul merito di quello stesso rapporto sostanziale, sia pure limitatamente alla *quaestio iuris* e con preclusione delle questioni di fatto: con una funzione sostanzialmente simile, sia pure con qualche diversità di procedimento, a quella della Revisione germanica. La sentenza d'appello, fino a che non fosse decorso il termine per impugnarla in cassazione, non potrebbe considerarsi « passata in giudicato », e pertanto essa lascierebbe sopravvivere nel soccombente il diritto di ottenere dinanzi alla Suprema Corte un riesame (parziale) della stessa controversia decisa nei primi due gradi, una specie di terza istanza *in iure*, nella quale sarebbe oggetto diretto e immediato della cognizione della Corte di cassazione non già il diritto del ricorrente ad ottenere l'annullamento del giudicato (posto che la sentenza d'appello non costituirebbe ancora giudicato), ma lo stesso rapporto sostanziale già esaminato dai precedenti giudici del merito.

Nonostante la serietà del critico, non mi pare, rimeditando a distanza di tre lustri il problema della natura giuridica del ricorso in cassazione, di poter arrivare a conclusioni diverse da quelle a cui giunsi nel lavoro, che fu oggetto delle obiezioni del Segni. Sono d'opinione che nel nostro diritto positivo il passaggio in giudicato della sentenza sia costituito, nella terminologia adottata dal nostro legislatore, dalla preclusione dei mezzi di impugnativa ordinarî, e che il ricorso in cassazione si debba necessariamente nel nostro diritto considerare come un rimedio *contro il giudicato*, proprio perché il legislatore lo ha qualificato tra i mezzi straordinarî; né credo che a fargli perdere tale qualifica possa bastare l'abuso che, da noi come in Francia (53), si fa di questo rimedio (54). Ma tuttavia non mi pare che questo sia il punto decisivo della questione: anche quando si riuscisse a dimostrare che la sentenza d'appello ancora soggetta a cassazione non costituisce giudicato (56), questo argomento (che del resto dovrebbe valere anche per negare il carattere di azione di impugnativa alla cassazione per *errores in procedendo*) non basterebbe a distrug-

---

(53) « *Le pourvoi s'est democratisé: il est devenu la dernière chance, égale pour tous, de tenter la fortune, quand une cause est désespérée; la distinction du fait et du droit est perdue de vue. La Cour de cassation n'est plus pour beaucoup (et non des moindres) que le tribunal du dernier recours* » (Péan, in *Enc. franç.*, vol. X, pagg. 1034-17).

(54) *Cass.*, vol. II, n. 132.

(55) Pavanini, op. cit., n. 2.

(56) Chiovenda, *Istituzioni*, vol. II, pagg. 89-90.

gere la costruzione della cassazione come azione di impugnativa, e a farla rientrare nella nozione di mezzo di gravame, dato che al ricorso in cassazione manca assolutamente l'effetto tipico dei veri mezzi di gravame, che è quello di riportare *direttamente* e *immediatamente* al giudice di gravame il riesame della controversia esaminata nella fase precedente, *senza tenere alcun conto della decisione emanata in quella fase* (effetto *devolutivo*). Se nel giudizio di appello, che è il gravame tipico, il giudice di secondo grado non è chiamato, nonostante la contraria terminologia della pratica, a riformare la precedente pronuncia, perché questa, per il solo fatto che il gravame sia interposto e deciso, ha perduto la possibilità di diventare una sentenza (56), nel giudizio di cassazione la fase che si svolge dinanzi alla Corte Suprema, allo scopo di ottenere l'annullamento della precedente sentenza, dimostra che qui il giudice della impugnativa si trova in condizioni ben diverse dal giudice d'appello, perché deve, per prima cosa, affinché possa riaprirsi in sede di rinvio il riesame del merito, rimuovere l'ostacolo, che a tale riesame viene opposto dalla esistenza della sentenza impugnata: il che dimostra, se non erriamo, che il legislatore ha attribuito alla sentenza impugnabile in Cassazione una efficacia (e starei per dire una *resistenza*) giuridica diversa da quella che è attribuita alla sentenza appellabile (57). Questa non è ancora una sentenza, e il giudice di appello, per compiere il *novum iudicium* sul merito, non ha bisogno di toglier di mezzo ciò che ancora non esiste; quella è una sentenza già perfetta, ma « annullabile », che, se non si dimostra viziata, preclude colla sua esistenza ogni riesame del merito (58).

16. — Il ricorso in cassazione non ha effetto devolutivo (59): in ciò si manifesta, più che in ogni altro suo carattere, la sua natura di azione di impugnativa. Per questo è assolutamente estraneo al giudizio di cassazione quel fenomeno, proprio del giudizio di gravame, per il quale, anche quando il gravame è respinto come infondato, l'unica decisione del rapporto controverso è quella del giudice di gravame, che si sovrappone, cancellandola, a quella possibilità di sentenza, morta prima di nascere nel giudizio in primo grado (60). Se il ricorso in cassazione viene respinto, a nessuno verrà in mente di sostenere che la decisione del rapporto controverso sia costituita dalla decisione della Corte Suprema: il che dimostra, se non erriamo, che il rapporto

---

(57) Cfr. PAVANINI, op. cit., n. 7.

(58) Il CHIOVENDA considera l'esecutorietà della sentenza di appello come un caso di provvisoria esecuzione.

(59) Cfr. per ultimo: C. C., 10-V-1937 (*Massim. Foro ital.*, n. 1467, col. 331).

(60) CHIOVENDA, ivi.

deciso nel giudizio di cassazione *è diverso da quello già deciso dalla sentenza impugnata* (61), e che il giudizio di cassazione non è una terza fase del rapporto processuale di merito, ma è la fase (unica) di un rapporto processuale diverso (*iudicium rescindens*) che si innesta nel processo di merito e che, quando la sentenza denunciata è annullata con rinvio, lascia riaperto dietro di sé il rapporto processuale originario (62). Tale diversità che anche la dottrina avversa ammette quando il ricorso in cassazione è basato su un *error in procedendo*, sussiste del pari anche se il ricorso è basato su un *error in iudicando*: è vero che, in tali ipotesi, nel *iudicium rescindens* si discutono questioni di diritto attinenti al rapporto sostanziale, identiche a quelle che si sono discusse nel giudizio di merito e che torneranno ad essere discusse, se il ricorso verrà accolto, in sede di rinvio; ma è anche vero che nel giudizio di cassazione tali questioni vengono esaminate sotto un profilo, non soltanto più limitato, ma sostanzialmente diverso, non cioè allo scopo di accertare se il ricorrente abbia diritto a una decisione favorevole del merito della causa, ma di accertare soltanto se esso ricorrente abbia diritto all'annullamento di quella sentenza, con conseguente riapertura del giudizio di merito, *nel quale non è escluso che si dimostri che egli, nel merito, ha torto.* Quando si afferma che il ricorso in cassazione non è l'espressione di uno speciale diritto di impugnativa, ma non è altro che una esplicazione del diritto di azione che si fa valere nel processo di merito (63), si dimentica che il diritto ad ottenere l'annullamento di una sentenza basata su un errore di diritto che si trovi in nesso di causalità col dispositivo, può competere ed essere riconosciuto anche a chi poi risulterà, nel giudizio di rinvio, sprovvisto del diritto ad una sentenza favorevole nel merito, cioè sprovvisto di quel diritto d'azione di cui il diritto di ricorso dovrebbe essere, secondo il SEGNI, un accessorio e una conseguenza. La Cassazione, nel decidere se la sentenza denunciatale deve essere o no annullata, non deve domandarsi se il ricorrente abbia ragione nel merito, ma solo se la sentenza, così formulata, debba essere annullata. Essa, a differenza del giudice d'appello, che giudica il merito della controversia e non la sentenza di primo grado, *giudica la sentenza d'appello, non il merito della controversia*; anzi non di rado (e se ne ha la riprova psicologica nella frequenza con cui la Corte Suprema rimette al giudice di rinvio la decisione sulle spese) la Cassazione annulla la sentenza pur sapendo, o dubitando, che il ricorrente finirà

---

(61) PAVANINI, *op. cit.*, pagg. 26 e 27.

(62) Cfr. ZANZUCCHI, op. cit., pag. 506. Su questi processi su un altro processo, e sulle loro anomalie: CHIOVENDA, *Ist.*, vol. II, pagg. 533 e 534.

(63) SEGNI, op. cit., pag. 11.

coll'aver torto per altri motivi in sede di rinvio: e se la Cassazione, anziché della fondatezza del ricorso, si occupasse della fondatezza dell'azione, tradirebbe il suo ufficio (64).

17. — A conclusione di questo discorso, che sarebbe troppo lungo se non fosse stato necessario per spiegare una concezione fondamentale dell'istituto che troverà nel corso di questa trattazione numerose applicazioni pratiche, si può rilevare che questi tentativi di costruire la cassazione per *error in iudicando* come un terzo grado *in iure*, contrapposta nella sua struttura processuale alla cassazione per *error in procedendo*, costruita come una vera e propria *querela nullitatis*, derivano dal non dare il dovuto peso a questa realtà storica: che il ricorso in cassazione, qual'è passato nel nostro diritto dal diritto francese, è stato originariamente disciplinato come *una vera querela di nullità anche quando è basato sui vizî di giudizio*, ossia come una estensione anomala a certi più gravi casi di ingiustizia di un mezzo di impugnativa tipicamente costruito per rilevare le *nullità* derivanti da vizî di procedura. Di fronte a questa realtà storica, che nel nostro diritto positivo conserva la sua piena attualità, non vale ripetere che i concetti di *ingiustizia* e di *nullità* sono profondamente diversi: e che di conseguenza il ricorso in cassazione basato su motivi attinenti alla ingiustizia deve considerarsi come un mezzo di gravame e non come un'azione di annullamento. La verità è che proprio in questa anomalia, cioè nell'aver trattato come nullità certi casi di più grave ingiustizia, consiste la originalità del ricorso in cassazione, la cui spiegazione processuale potrebbe esser riassunta colle parole dello Scaccia « *iniustitia et nullitas fraternizent et aequiparentur* ». Talché, se questa anomalia è stata in parte corretta dalla *Revision* germanica, essa sussiste in pieno nella nostra legge, ove non si può tentare di attenuarla senza deviare dal nostro diritto positivo.

Che lo scopo del ricorso in cassazione sia ben diverso nei due casi, non v'ha dubbio; che sotto l'aspetto costituzionale la importanza del ricorso in cassazione si concentri in quei casi in cui esso si basa su vizî di giudizio, non è neppur discutibile; ma anche non v'ha dubbio che dal punto di vista processuale lo stampo su cui s'è plasmato il ricorso in cassazione per vizî di giudizio sia la *querela di nullità*, e che ogni tentativo di distinguere nella cassazione due funzioni, quella di

---

(64) Osserva autorevolmente il Chiovenda, *Istituz.*, vol. II, pag. 607, che il ricorrente ha « diritto di ottenere la cassazione, quantunque vi sia la probabilità, e la Corte Suprema sia convinta, che la decisione avvenire da parte del giudice di rinvio gli sia per dare nuovamente torto in base ad altro degli elementi in questione »: cfr. anche C. C., 23-XI-1925 (*Rep.*, 1925, voce *Rinvio*, n. 17).

annullamento e quella di revisione, come funzioni *processualmente diverse*, urti contro la storia dell'istituto, e contro la legge, che parla in ogni caso di cassazione come sinonimo di *annullamento* (artt. 542-543) (65).

18. — La natura di mezzo straordinario, che il ricorso in cassazione ha nel nostro diritto viene attestata oltre che dalla mancanza di effetto devolutivo, di cui si è discorso, e dalla mancanza di effetto sospensivo (art. 520: eccezionalmente il ricorso in cassazione ha efficacia sospensiva nei casi previsti dagli artt. 309 e 750) (66), anche da altri caratteri secondarî, che la dottrina riscontra in quelle disposizioni per le quali l'ammissibilità del ricorso è condizionata al deposito preventivo a titolo di multa (art. 521; oltre n. 36, *c*), ed alla specificazione dei « motivi per i quali si chiede la cassazione » (art. 523, n. 4, e 528; oltre, n. 36, *a*).

Ma, più che questi ultimi caratteri formali, la natura del ricorso in cassazione come mezzo straordinario, ossia come azione di impugnativa, scaturirà da tutto quello che nel corso di questa trattazione sarà detto sui limiti entro i quali dev'esser contenuta, nel giudizio di cassazione, la cognizione della Corte Suprema.

Vedremo (specialmente nel capo VI) che l'indagine del Supremo Collegio, il quale deve limitarsi a decidere se il ricorso sia fondato, è ristretta alla sussistenza del vizio denunciato (e, se si tratta di *error in iudicando*, al rapporto di causalità che passa tra questo e il dispositivo della sentenza denunciata). Quando il ricorso è basato su un *error iuris in iudicando* (« violazione o falsa applicazione di legge ») il vizio consiste, secondo la denuncia che ne fa il ricorrente, nell'erronea soluzione che il giudice di merito avrebbe dato a una questione di diritto da lui incontrata nel costruire le premesse logiche della sua sentenza: la Corte di cassazione, per decidere se il vizio denunciato sussista, si deve dunque limitare a riprendere in esame quella questione (cioè una porzione delle premesse della sentenza denunciata), per vedere se essa (*non altre*) sia stata bene o male risolta dal

---

(65) Cfr. *Cass.*, vol. II, nn. 102-108.

(66) È controverso se la disposizione dell'art. 561, secondo la quale le sentenze soggette ad opposizione o appello non sono esecutive nei confronti del terzo, sia applicabile alle sentenze soggette a ricorso in cassazione: in senso negativo (e secondo me preferibile): C. A. Firenze, 7-XI-1934 (*Rep.*, 1935, voce *Ipoteca*, n. 47); in senso affermativo: C. A. Bari, 27-X-1924 (*Ibid.*, 1925, voce *Esecuzione in genere*, n. 33). È valido il patto con cui le parti convengano di sospendere la esecuzione della sentenza fino all'esito del giudizio di cassazione: C. A. Milano, 16-X-1923 (*Ibid.*, 1924, voce *Esecuzione in genere*, n. 5).

giudice di merito. Se ritiene che essa sia stata decisa bene, il ricorso verrà respinto, anche se eventualmente la sentenza impugnata contenga, su altre questioni, errori di diritto non denunciati; se ritiene che sia stata decisa male, il ricorso (qualora concorra il requisito della causalità: oltre, n. 33) sarà accolto, anche se eventualmente il dispositivo della sentenza appaia giustificato in base ad altri motivi, non tenuti presenti dalla sentenza impugnata.

Non è ammesso dunque un riesame, neanche parziale, della controversia *all'infuori della questione investita dalla denuncia*: il principio « *iura novit curia* », per cui il giudice nell'applicazione del diritto al fatto è svincolato dalla iniziativa delle parti, vien meno in questo giudizio di cassazione, in cui la Corte non è libera di proporsi d'ufficio tutte le questioni di diritto che potrebbero esser poste in relazione col dispositivo della sentenza denunciata, ma deve rigidamente, contenersi, (senza quella libertà di indagini che ha il *Reichsgericht* germanico colla sua *Revisionspraxis*) nei limiti di quella sola questione, nella quale il ricorrente ha indicato la sede specifica del lamentato *error iuris*.

A questa limitazione dei poteri di indagine della Corte di cassazione corrisponde analoga limitazione dei poteri di replica della parte intimata: il controricorso non può servire né a far valere vizî diversi da quelli denunciati dal ricorrente (oltre, n. 38), né a contrapporre alla domanda di annullamento eccezioni desunte dal rapporto sostanziale. Col ricorso in cassazione si fa valere un diritto di impugnativa, ed è sulla esistenza di questo che la discussione dev'essere mantenuta: se questo diritto esiste, non può esser paralizzato da argomenti desunti dalla posizione in cui le parti si trovano nel rapporto sostanziale, cioè in un rapporto diverso da quello di cui si discute in cassazione.

Siamo dunque tipicamente di fronte a uno di quei diritti (potestativi) di impugnativa che non possono esser fatti valere che in via giudiziaria (azione di impugnativa), per ottenerne l'accertamento e la attuazione mediante una sentenza di annullamento, che è una sentenza *costitutiva necessaria*. *Petitum* di questa azione è l'annullamento (cassazione) della sentenza denunciata, *causa petendi* il vizio per cui si denuncia: ad ogni vizio corrisponde una separata azione di impugnativa, idonea di per se stessa a produrre l'annullamento della sentenza: e quando, come quasi sempre avviene, collo stesso ricorso si fanno valere più motivi, si ha qui la riunione nello stesso giudizio di più azioni di impugnativa, proposte con un unico atto, le quali costituiscono un caso di cumulo oggettivo *necessario*, in quanto i motivi non proposti nel termine non sono più proponibili, né, quand'anche il termine fosse tuttora aperto, sarebbe più ammissibile, dopo la pronuncia

sul primo ricorso, un nuovo ricorso proposto dallo stesso ricorrente per motivi diversi da quelli fatti valere col primo (67).

Questa struttura di azione di impugnativa, la cui *causa petendi* è costituita dal vizio denunciato, è ingegnosamente preordinata a quella cooperazione dell'interesse privato coll'interesse pubblico su cui, come si è visto, è basato l'istituto della Cassazione. Il ricorrente non ha nel giudizio di cassazione un mezzo per far valere immediatamente le sue ragioni di merito, perché dinanzi alla Suprema Corte non si riesamina la controversia di merito e perché vincere in cassazione non significa necessariamente aver ragione in sede di rinvio; ma tuttavia egli ha interesse a ricorrere perché, se la sentenza è cassata, questo annullamento gli apre la via a far valere, in un'ulteriore fase del rapporto processuale di merito, le sue ragioni. D'altra parte la Corte di cassazione nel conoscere su questo diritto individuale di annullamento spettante al ricorrente serve l'interesse pubblico, perché, sotto il profilo di indagare se esiste il vizio denunciato dal ricorrente come *causa petendi* della sua domanda di annullamento, viene a trovare così, isolata e messa in evidenza da questa denuncia, proprio quella porzione della sentenza di merito, cioè proprio quella *quaestio iuris* su cui è utile che il Supremo Collegio si pronunci nell'interesse della uniformità della giurisprudenza, e la cui soluzione potrà essere poi utilizzata, nei modi che vedremo (oltre, n. 59), dallo stesso ricorrente come decisione di un punto pregiudiziale della controversia di merito, riaperta dinanzi al giudice di rinvio.

19. — Il ricorso in cassazione può essere inquadrato in altre classificazioni dei mezzi per impugnare le sentenze fatte dalla dottrina.

Tra i mezzi che si portano dinanzi allo stesso giudice (*a quo*) e quelli che si portano a un giudice superiore (*ad quem*), rientra tra i secondi, e secondo questa classificazione il ricorso in cassazione fa gruppo coll'appello e si contrappone al gruppo costituito dalla opposizione contumaciale, revocazione, opposizione di terzo. Ma si tratta di ravvicinamenti basati su somiglianze estrinseche; mentre, come struttura processuale, la maggiore affinità (anche per parziale comunanza di motivi: cfr. artt. 494, n. 5, e 517, n. 8) (68) è colla revocazione, la quale presenta la stessa scissione tra *iudicium rescindens* e *iudicium rescissorium* che è propria del ricorso in cassazione, colla sola diffe-

---

(67) Si tratta qui di un caso di decadenza delle azioni di impugnativa non fatte valere tempestivamente col primo ricorso, o con un ricorso aggiunto (nel termine, e prima della pronuncia della Corte Suprema); né vedo in ciò un argomento per indebolire la concezione del ricorso in cassazione come azione di impugnativa (PAVANINI, op. cit., pag. 18).

(68) Cfr., per il diritto francese, PLASSARD, opera citata in Bibliografia.

renza che nella revocazione ambedue queste fasi si portano allo stesso giudice *a quo*.

Il ricorso in cassazione può trovarsi, con altri mezzi di impugnativa, in rapporto di esclusione o di concorrenza. Non può essere esperimentato finché sia proponibile un mezzo ordinario (art. 517, capoverso ultimo); può aversi invece concorrenza, contemporanea o successiva, tra mezzi straordinarî (69): sicché se il ricorso in cassazione può qualificarsi come un rimedio *estremo* di fronte ai mezzi ordinarî, meno deciso è questo suo carattere nei confronti di quelli straordinarî (70).

20. — Diversa da quella del ricorso di parte finora descritto, è la struttura di quella *denuncia d'ufficio* (« nell'interesse della legge ») che per l'art. 519 può essere presentata, scaduto infruttuosamente il termine per ricorrere concesso alle parti interessate, dal Pubblico Ministero presso la Corte di cassazione; ma su questo istituto, ormai destituito d'ogni importanza pratica (tanto che nel processo penale è stato abolito) non giova per ora neanche soffermarci (oltre, n. 55 in fine) (71).

Piuttosto giova avvertire che vi possono essere casi in cui il ricorso di parte deve essere concepito (anziché come una azione *costitutiva* esercitata per far valere un vizio producente la *annullabilità* della sentenza denunciata) come una *mera azione di accertamento*, esercitata per far dichiarare la *inesistenza* o la *nullità assoluta* della sentenza (72): in tali casi è molto discusso se contro la sentenza viziata da difetti tali che le impediscano di produrre gli effetti di un vero atto giurisdizionale (si pensi, per es., alla sentenza interamente sprovvista di dispositivo) il ricorso in cassazione sia da considerarsi come rimedio necessario, da proporsi nei termini di legge (73), o se viceversa, anche decorso il termine per ricorrere in cassazione, si possa contro la sentenza assolutamente nulla chiedere in ogni caso in sede ordinaria o in via di opposizione all'esecuzione, l'accertamento della sua inefficacia giuridica (74).

---

(69) Betti, op. cit., pag. 640 e 641; C. C., 21-VI-1924 (*Rep.*, 1924, n. 6); Id., 13-VII-1929 (*Ibid.*, 1929, voce *Cassazione*, n. 3); Id., 1°-II-1937 (*Massim.*, 1937, n. 289, col. 70).

(70) *Cass.*, vol. II, nn. 94 a 96.

(71) Cfr. *Cass.*, vol. II, cap. V.

(72) Es. in *Cass.*, vol. II, n. 114.

(73) C. C., 24-IV-14-XII-1926 (*Rep.*, voce *Esecuzione*, nn. 78 a 80).

(74) Cfr. i miei *Studi*, vol. I, pag. 168 e segg.; Chiovenda, *Ist.*, vol. II, n. 379; Betti, op. cit., n. 189. Per la sentenza penale: Leone, *La sentenza penale inesistente* (*Riv. ital. di dir. pen.*, 1936, nn. 1 e 2).

Capo IV

21. — Il ricorso in cassazione è, dunque, il mezzo processuale per far valere contro una sentenza una azione di annullamento autonoma, distinta dall'azione fatta valere nel giudizio di merito, intorno alla quale ha deciso la sentenza che si vuol annullare. Si parla qui di azione di annullamento in senso concreto, cioè nel senso del diritto (potestativo) al provvedimento giurisdizionale *favorevole* (« cassazione »); si tratta, cioè, di quel diritto che il Chiovenda chiama « diritto di ricorso » (75), ed altri « diritto di ricorrere » (76) o « azione di impugnativa per cassazione (77): il diritto che ha il ricorrente ad ottenere dalla Suprema Corte la cassazione della sentenza denunciata, quando il ricorso è *fondato*.

Affinché il ricorso sia *fondato*, è necessario che esso risponda ad alcuni requisiti (che la dottrina chiama *condizioni sostanziali del ricorso*) attinenti alla esistenza della azione di impugnativa, in mancanza dei quali il ricorso è *rigettato per infondatezza*; esse condizioni sostanziali sono distinte da quei requisiti formali, concernenti i modi processuali nei quali tale azione deve esser esercitata (cap. V), in mancanza dei quali il ricorso è dichiarato *inammissibile*.

Le condizioni sostanziali del ricorso in cassazione come azione di impugnativa sono le seguenti (78):

A) impugnabilità in cassazione del provvedimento denunciato;
B) legittimazione e interesse a ricorrere;
C) sussistenza di un motivo di cassazione;
D) osservanza del termine.

La mancanza di una o più di queste condizioni produce il rigetto del ricorso per *infondatezza*, perché esse attengono tutte quante alla esistenza dell'azione di impugnativa: anche il termine si riferisce all'esistenza dell'azione e non alle modalità del suo esercizio processuale, perché, se il ricorso è proposto oltre il termine stabilito dalla legge (oltre, nn. 34; 36, *e*), l'azione di impugnativa si estingue per decadenza, e quindi la Corte di cassazione dovrebbe anche in questo caso rigettare il ricorso per una considerazione attinente al merito dell'azione di impugnativa (per avvenuta estinzione del diritto di annullamento), come dovrebbe rigettarlo per considerazioni di merito quando la sentenza denunciata non sia impugnabile in cassazione (per inesistenza del diritto di annullamento che, in questo caso, non è mai

---

(75) *Ist.*, vol. II, pag. 592.
(76) Zanzucchi, op. cit., pag. 306.
(77) Betti, *Dir. proc. civ.*, § 43.
(78) Cfr. Chiovenda, *Ist.*, nn. 414 e 415.

sorto). Tuttavia nella pratica la formula di rigetto per *infondatezza* è riservata soprattutto ai casi in cui il ricorso venga respinto per insussistenza *del motivo* (*C*); mentre, nel caso che manchino le altre condizioni, si preferisce parlare di inammissibilità, e nel caso di inosservanza del termine è la stessa legge (art. 528, 1) che parla di « ricorso... dichiarato inammissibile ».

22. — A) *Provvedimenti denunciabili* (79).

a) In genere sono suscettibili di ricorso in cassazione solo i provvedimenti giurisdizionali di cognizione, che siano emanati in forma di sentenza (80). Sono quindi esclusi dal ricorso i provvedimenti amministrativi (81) ed anche quelli di giurisdizione volontaria, che hanno sostanzialmente natura amministrativa (82); ed altresì i provvedimenti giurisdizionali resi in forma di decreto o di ordinanza (83), salvi i casi espressamente previsti dalla legge (84).

b) Non tutte le sentenze sono denunciabili in cassazione; né i motivi per cui il ricorso è astrattamente proponibile sono, per tutte le sentenze denunciabili, gli stessi (cfr. oltre, n. 24). Per le sentenze pronunciate dai giudici civili ordinarî, vale la regola che sono denunciabili in cassazione, per tutti i motivi previsti dall'art. 517, soltanto quelle

---

(79) Chiovenda, *Istit.*, vol. II, pag. 591; Zanzucchi, op. cit., n. 166.

(80) Anche se la legge dia ad essi il nome di « decisioni »: C. C., 27-XI-1930 (*Rep.*, 1930, nn. 27 e 28).

(81) C. C., 30-IV-1936 (*Massim.*, 1936, n. 1445, col. 282).

(82) C. C., 20-X-1924 (*Settim. cass.*, 1924, 568); Id., 13-XI-1930 (*Foro ital.*, 1930, I, 280); Id., 17-II-1930 (*Ibid.*, 1930, I, 506); Id., 11-I-1935 (provvedimento di sistemazione urgente di un minore, in *Massim. Foro ital.*, 1935, n. 143, col. 28). Si è ritenuto però denunciabile in cassazione la deliberazione della Corte d'appello che dichiara potersi far luogo alla domanda di legittimazione di figli per decreto reale: C. C., 6-III-1933 (*Foro ital.*, 1933, I, 651).

(83) C. C., 14-VII-1925 (*Rep. Foro ital.*, 1925, voce *Cassazione*, n. 40); Id., 4-IV-1933 (decreto della Corte d'appello per provocare l'abilitazione all'esercizio forense presso le preture [*Ibid.*, 1933, voce *Cassazione*, n. 28]); Id., 27-VII-1935 (*Massim. Foro ital.*, 1935, n. 3112, col. 696); Id., 27-VII-1931 (ordinanza collegiale di rinvio della causa [*Rep. Foro ital.*, voce *Cassazione*, 1931, n. 41]; Id., 27-VII-1930 (*Giur. ital.*, 1929, I, 1231).

(84) Sono stati ritenuti denunciabili in cassazione: il provvedimento reso in camera di consiglio in materia di ricusazione: C. C., 27-XI-1924 (*Giur. ital.*, 1925, I, 133); il provvedimento in camera di consiglio con cui il collegio dichiara non farsi luogo a rigetto d'appello senza esame e riapre i termini: C. C., 22-III-1935 (*Massim. Foro ital.*, 1935, n. 1049, col. 243); il provvedimento della Corte d'appello in base all'art. 53 nel testo unico sul debito pubblico, C. C., 17-VII-1910, n. 536; Id., 22-V-1930 (*Giur. ital.*, 1930, I, 741); il provvedimento col quale la Corte d'appello ordina o nega la trascrizione di un matrimonio religioso preconcordatario: C. C., 5-III-1932 (*Foro ital.*, 1932, I, 1724).

pronunciate *in grado d'appello* (art. 517; art. 62 R.D. 30 dicembre 1923, n. 2786), anche se rese in sede di opposizione o di revocazione contro una sentenza di appello (art. 509). Non sono dunque denunciabili le sentenze di primo grado ancora soggette ad appello o non tempestivamente appellate, e quelle di primo grado dichiarate inappellabili per legge (85) (diverso principio nel processo penale: art. 524 c.p.p.). Sono invece denunciabili le sentenze pronunciate in unico grado dal giudice di appello, o per disposizione di legge (artt. 67 c.c., 103, 785, 941 c.p.c.; artt. 88-90 R.D. 1° luglio 1926, n. 1130) o in seguito a proroga della competenza per valore (L. 15 settembre 1922, n. 1287, art. 3; R.D. 20 settembre 1922, n. 1316, art. 12; R.D. 2 dicembre 1923, n. 2595, art. 1).

Le sentenze pronunciate in grado d'appello non sono denunciabili in cassazione fino a che siano impugnabili colla opposizione contumaciale (art. 517, capoverso ultimo) (86); possono essere denunciate in cassazione quantunque ancora impugnabili, o già impugnate, con la revocazione. Una sentenza del giudice di appello che, dichiarata la incompetenza per valore del giudice appellato, decide il merito della controversia, ritenendola appartenente alla propria competenza di primo grado, è contemporaneamente impugnabile col ricorso in cassazione nel capo in cui ha deciso la questione di competenza, e coll'appello sul capo in cui ha deciso il merito (87).

c) Possono essere denunciate in cassazione le sentenze inappellabili degli organi giurisdizionali speciali (« giurisdizioni speciali »: L. 31 marzo 1877, art. 3): in questo caso però il ricorso (88) è di com-

---

(85) Tali: le sentenze inappellabili del tribunale nel processo esecutivo: C. C., 1°-III-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione*, nn. 34 e 35); Id., 23-IV-1932 (*Ibid.*, 1932, voce *Appello civile*, n. 34 bis); le sentenze del Conciliatore su controversie di valore inferiore alle lire 150 (giurisprudenza costante); i provvedimenti dei pretori in tema di riduzioni di pigione: C. C., 12-III-1936 (*Massim. Foro ital.*, 1936, n. 152, col. 34); le sentenze del pretore del lavoro in cause di valore inferiore alle lire 2.000: C. C., 29-I-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione civile*, nn. 31-33); Id., 4-5-II-1936 (*Massim. Foro ital.*, 1936, nn. 419 e 433, coll. 86 e 89); le sentenze dei capitani di porto dichiarate inappellabili dall'art. 6 L. 31-XII-1928, n. 3119 e 30-I-1931 (*Massim. giur. lavoro*, 1931, 71); le sentenze inappellabili dei tribunali consolari: C. C., 6-VIII-1925 (*Rep. Foro ital.*, 1925, voce *Cassazione civile*, n. 39); ecc. Queste sentenze non sono denunciabili neanche alle Sezioni unite, per incompetenza od eccesso di potere (giurisprudenza costante: cfr. C. C., 8-IV-1930 [*Foro ital.*, 1930, I, 476]).

(86) C. C., 30-V-1928 (*Rep. Foro ital.*, 1928, voce *Cassazione*, nn. 32 e 33).

(87) C. C., 28-II-1936 (*Massim. Foro ital.*, 1936, n. 661, col. 133).

(88) Il ricorso in base all'art. 3, n. 3 della L. 31-III-1877 è sempre proponibile anche se la legge abbia espressamente escluso la proponibilità del ricorso in cassazione per i motivi dell'art. 517 c.p.c.; C. C., 28-I-1935 (*Massim. Foro ital.*, 1935, n. 337, col. 13).

petenza delle sezioni unite, è proponibile soltanto per incompetenza o per eccesso di potere, ed è istituito per finalità diverse da quelle del ricorso in cassazione di cui all'art. 517 (V. *Conflitto*). Altri casi in cui le sentenze di organi speciali sono denunciabili solo limitatamente ad alcuni motivi, saranno ricordati più avanti (89).

d) Le sentenze dei giudici civili ordinarî sono denunciabili, qualunque sia il loro contenuto (di merito o di rito): in particolare sono denunciabili separatamente non solo le sentenze definitive, ma anche le *interlocutorie*, contro le quali il ricorso può esser proposto anche quando sia passata in giudicato la sentenza definitiva (90). Diverso principio vale per le sentenze di alcuni giudici speciali o sezioni specializzate degli organi ordinarî, per i quali le leggi più recenti hanno abolito l'impugnabilità separata delle interlocutorie, stabilendo il principio che le sentenze interlocutorie che decidono questioni pregiudiziali siano denunciabili in cassazione solo congiuntamente colla definitiva (91) (controversie del lavoro, art. 28 R.D. 21 maggio 1934, n. 1073; Tribunali delle acque, art. 202 T.U. 11 dicembre 1933, n. 1775; usi civici, L. 16 giugno 1927, n. 1766, art. 32, in relazione all'art. 8 della L. 10 luglio 1930, n. 1078).

e) Sono denunciabili in cassazione anche le sentenze degli arbitri « pronunciate in appello », eccettuati i casi previsti dall'art. 31. Non possono esser fatti valere come motivi di cassazione i vizî per cui è concessa l'azione di nullità, salvo il diritto di ricorrere in cassazione contro la sentenza che abbia pronunciato (sempre, si intende, in grado di appello) su detta azione (art. 31) (92).

23. — B) *Legittimazione ed interesse* (93). La legittimazione (*l. ad causam*) attiva e passiva è per il ricorso in cassazione (94), come in genere per tutti i mezzi di impugnativa, un requisito difficilmente separabile da quello dell'interesse: per stabilire infatti quali siano le persone legittimate in cassazione, non ci si può fermare a ricercare la semplice qualità di « parte », ma occorre altresì, per stabilire a quale

---

(89) Betti, *Diritto processuale*, pag. 703.

(90) C. C., 29-VII-1930 (*Rep. Foro ital.*, 1930, voce *Cassazione*, n. 14).

(91) Se una stessa sentenza è definitiva su alcuni capi e interlocutoria per altri, è denunciabile solo per i primi: C. C., 14-I-1935 (*Massim. Foro ital.*, 1935, n. 170, col. 35); cfr. però in tal caso la disposizione dell'art. 21, capov. 4°, del R.D. 21-V-1934, applicabile, per l'art. 28, anche al ricorso in cassazione.

(92) C. C., 28-II-1936 (*Massim. Foro ital.*, 1936, n. 652, col. 132).

(93) Chiovenda, *Istituzioni*, vol. II, n. 415; Zanzucchi, *Diritto processuale*, n. 166; Betti, *Diritto processuale*, pag. 703.

(94) Sulla prova della legittimazione in cassazione C. C., 28-VII-1932 (*Giur. ital.*, 1932, I, 1, 1162).

parte rispettivamente appartenga la legittimazione attiva o passiva, riferirsi al requisito della *soccombenza*, la quale, come può essere considerata sotto il profilo dell'interesse, può essere considerata altresì sotto il profilo della legittimazione, come *qualità* integrativa di questo concetto.

Tenendo presente questa inscindibilità dei due concetti, possiamo dire che nel ricorso in cassazione la legittimazione in genere spetta alle persone che sono state *parti* nel giudizio di merito (95); ed in ispecie la legittimazione attiva spetta alla parte *soccombente*, e quella passiva alla parte *vittoriosa*.

La legittimazione spetta alle persone che hanno avuto la qualità di parte in quella fase del processo in cui è stata pronunciata la sentenza denunciata, non quindi alla parte estromessa dal giudizio (96), né a chi, parte nel giudizio di primo grado, ha accettato la sentenza senza comparire in appello (97); mentre la legittimazione spetta a chi è stato parte in appello, nonostante che non abbia partecipato al giudizio di primo grado (98). La legittimazione spetta anche a chi nel giudizio di appello abbia figurato come interveniente volontario o coatto (99); ma l'intervento coatto dev'essere effettivamente avvenuto, non semplicemente disposto (100), e, per l'intervento *ad adiuvandum*, l'intervento non può ricorrere per motivi riguardanti la parte adiuvata, se questa si è acquietata alla sentenza (101). Eccezioni alla regola secondo la quale il ricorso in cassazione può essere proposto soltanto da chi è stato parte nel giudizio di merito, si hanno in alcuni casi di successione processuale e di sostituzione (102).

Per i casi di più vincitori o più soccombenti, valgono i principî degli artt. 469 a 471 (103); in ispecie per la integrazione del giudizio

---

(95) C. C., 17-XII-1932 (*Rep. Foro ital.*, 1932, voce *Cassazione civile*, nn. 7 e 8); non si avrebbe identità di parte, se la stessa persona fiisca ricorresse in veste diversa: Id., 14-I-1925 (*Ibid.*, voce *Cassazione civile*, 1925, n. 29).

(96) C. C., 25-IV-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, *voce Cassazione civile*, n. 7).

(97) C. C., 8-V-1925 (*Rep. Foro ital.*, 1925, n. 27).

(98) C. C., 20-VII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, n. 8).

(99) Chiovenda, *Istituzioni*, vol. II, pag. 606.

(100) C. C., 11-II-1927 (*Rep. Foro ital.*, 1927, voce *Intervento*, n. 26).

(101) C. C., 14-VI-1930 (*Rep. Foro ital.*, 1930, voce *Cassazione civile*, n. 9).

(102) In tema di cessione di crediti: C. C., 12-II-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione civile*, n. 303); Id., 19-VI-1933 (*Ibid.*, 1933, nn. 10 a 12); Id., 17-XII-1932 (*Giur. ital.*, 1933, I, 1, 316); Id., 13-VII-1931 (*Foro ital.*, 1931, I, 736); in tema di sostituzione del creditore al debitore ex-art. 1234 c.c., C. C., 26-VII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3020, col. 677); Id., 28-II-1936 (*Ibid.*, 1936, n. 678, col. 137). Cfr. anche C. C., 15-VII-1937 (*Mass. Foro ital.*, 1937, n. 2523, col. 551).

(103) Non in caso di litisconsorzio improprio: C. C., 3-V-1926 (*Rep. Foro ital.*, 1926, voce *Cassazione*, nn. 14-16).

in cassazione v. oltre, n. 39. La determinazione della soccombenza, e quindi della reciproca legittimazione attiva e passiva, può dar luogo a notevoli difficoltà nei giudizî con pluralità di parti (104).

La legittimazione attiva al ricorso in cassazione spetta anche al P. M., tutte le volte in cui esso, procedendo per via d'azione nei casi in cui a ciò la legge lo autorizza, sia stato parte nel giudizio di merito (artt. 87, 104, 326 c.c., ecc.); o in cui tale legittimazione gli è espressamente riconosciuta da leggi speciali (art. 90 R.D. 1° luglio 1926, n. 1130; giudizî disciplinari contro notari ed altri professionisti). Non può invece ricorrere il P. M. che nel giudizio di merito si sia limitato a concludere per via di requisitoria, com'è obbligatorio nelle cause matrimoniali (105).

Con questa legittimazione del P. M. parte in causa, che mira a provocare l'annullamento *effettivo* della decisione impugnata, non si deve confondere la legittimazione a ricorrere *nell'interesse della legge* (cfr. oltre, n. 55 in fine) allo scopo di promuovere la disapprovazione meramente teorica della sentenza (espressa distinzione dei due casi del ricordato art. 90 del R.D. 1° luglio 1926).

In caso di soccombenza parziale, ciascuna parte avrà interesse a ricorrere contro quei capi della sentenza che le danno torto, per ottenere così una cassazione *parziale* a proprio favore: il che ciascuna parte dovrà chiedere con ricorso *principale*, non essendovi nel procedimento di cassazione il *ricorso incidentale*, né potendo a ciò servire il controricorso (106) (cfr. oltre, nn. 37, *d*; 38).

Per una precisa determinazione della nozione di soccombenza agli effetti del ricorso in cassazione, e quindi della nozione dipendente di interesse a ricorrere, cfr. oltre, n. 29, a proposito della così detta « causalità » del vizio.

24. — C) *I motivi di cassazione.* L'art. 517 c.p.c. indica, in numero di otto, i *motivi* (che nella pratica si dicono anche *mezzi*, dal francese *moyens*) per i quali si può ricorrere in cassazione contro le sentenze d'appello dei giudici civili ordinarî; a questi bisogna aggiungere come

---

(104) Così nei giudizi di divisione (ricorso di un convenuto contro un altro convenuto: C. C., 30-I-1934 [*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione civile*, nn. 11 e 12]); nei giudizî con chiamata in garanzia: C. C., 7-IV-1934 (*Ibid.*, 1934, voce *Cassazione*, n. 14); Id., 30-III-1932 (*Rep.*, 1932, voce *Garanzia*, n. 5); Id., 18-XI-1931 (*Ibid.*, 1931, voce *Cassazione*, n. 6); Id., 16-III-1931 (*Ibid.*, 1931, n. 7); Id., 24-IV-1930 (*Ibid.*, 1930, nn. 10 e 11); Id., 28-VII-1928 (*Ibid.*, 1928, n. 5); Id., 9-III-1925 (*Ibid.*, 1925, n. 36).

(105) C. C., 20-III-1933 (*Foro ital.*, 1933, I, 1036).

(106) Chiovenda, *Istituzioni*, vol. II, n. 415.

motivi di cassazione contro tali sentenze, i vizî ai quali accenna l'art. 544, che parla di cassazione pronunciata « per violazione delle norme di competenza » o « per il motivo che l'Autorità giudiziaria non poteva pronunciare ». Ma vi sono sentenze di giudici speciali, o di sezioni specializzate di organi ordinarî, per le quali il ricorso in cassazione è ammesso soltanto per un numero più ristretto di motivi o per motivi denominati diversamente da quelli enumerati nell'art. 517: « per incompetenza ed eccesso di potere » le sentenze delle « giurisdizioni speciali » (L. 31 marzo 1877, n. 3761, art. 3, n. 3) (107); « per assoluto difetto di giurisdizione » le decisioni pronunciate in sede giurisdizionale dal Consiglio di Stato (T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, art. 48); per incompetenza od eccesso di potere le decisioni del Tribunale superiore delle acque pubbliche in primo grado, mentre le sue pronuncie in grado d'appello sono denunciabili anche ai sensi dei nn. 3 ed 8 dell'art. 517 c.p.c. (artt. 200 e 201, T.U. 11 dicembre 1933, n. 1775) (108); per incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge le decisioni disciplinari della Commissione Centrale per le professioni di avvocato e procuratore (art. 56 D.L. 27 novembre 1933, n. 1578); « per incompetenza, per violazione o falsa applicazione della legge » le sentenze della Corte d'appello che giudicano in materia disciplinare contro i notari (L. 16 febbraio 1913, n. 89); ecc. (109).

Non tutti i motivi per i quali possono essere denunciate, secondo l'art. 517 c.p.c. o secondo le varie leggi speciali finora ricordate, le sentenze impugnabili in cassazione, rispondono alla stessa funzione, ma sono anzi variamente preordinati a quelle diverse finalità che, come si è visto, si accentrano nella Corte di cassazione: *a*) alcuni di essi rispondono alla funzione che la Corte di cassazione ha, come supremo organo giudiziario dello Stato, di mantenere nei limiti della propria competenza tutti gli organi, ordinarî o speciali, che fanno parte della gerarchia giudiziaria (a tale scopo risponde la impugnativa

---

(107) Così le decisioni della Commissione centrale per le professioni sanitarie (D.L. 5-III-1935, n. 184, art. 32); della Corte dei conti (T.U. 12-VII-1934, n. 1214, art. 71); Id. per i dottori in scienze agrarie (R.D. 25-XI-1929, n. 2248, art. 15); per i periti agrari (R.D. 25-XI-1929, n. 2365, art. 15); per gli ingegneri e architetti (R.D. 23-X-1925, n. 2537, art. 17).

(108) Non per difetto di motivazione: C. C., 30-IV-1936 (*Massim.*, 1936, n. 1456, col. 284); né per *ultra* od *extra petita*: C. C., 10-VI-1937 (*Massim. Foro ital.*, 1937, n. 1893, col. 418).

(109) Casi di limitazioni di motivi di cassazione contro le decisioni di collegi arbitrali, cfr. D.L. 2-VIII-1929, n. 2150, art. 20 (arbitrato obbligatorio fra Stato e concessionarî); D.L. 25-I-1931, n. 36, artt. 1-2 (id. tra Comuni ed appaltatori delle imposte di consumo); cfr. C. C., 14-XII-1933 (*Rep.*, 1933, nn. 37-40) (giunte arbitrali per espr. aeronautiche).

« per incompetenza o eccesso di potere » stabilita dalla L. 31 marzo 1877 e dalle leggi successive che ad essa si sono conformate); *b*) con altri alla Corte di cassazione è affidata una funzione di controllo sulla osservanza delle forme processuali da parte del giudice inferiore, quale potrebbe essere affidata, nei confronti del giudice di primo grado, all'organo di appello (così, per es., i motivi di nullità di cui ai nn. 1 e 2 dell'art. 517); *c*) alla funzione tipica della Corte di cassazione che è quella di regolare e unificare la interpetrazione giurisprudenziale del diritto, è infine preordinato il motivo fondamentale di « violazione o falsa applicazione della legge », posto dal n. 3 dell'art. 517 e ripetuto nelle leggi speciali che ad esso si inspirano.

Prima di passare a un esame più particolare dei varî motivi, è opportuno ricordare che essi, sotto un aspetto più strettamente processuale, possono essere distinti in due grandi gruppi, che nella dottrina moderna si sogliono ormai designare, sulla traccia del CHIOVENDA, *vizî di attività* e *vizî di giudizio*, ovvero anche *errores in procedendo* ed *errores in iudicando*. Questa distinzione, che è fondamentale per intendere l'istituto della Cassazione (110), parte dal considerare la diversa posizione in cui il giudice si trova di fronte al diritto, secondoché si tratti di norme di diritto processuale alle quali egli deve conformare, osservandole, la sua *attività* nel procedere, ovvero di norme di diritto sostanziale, intorno alla cui osservanza da parte dei soggetti del rapporto controverso egli è chiamato a *giudicare*. È facile intendere come mentre nel primo caso il giudice, di fronte al precetto di diritto processuale che gli comanda di tenere nel processo una certa condotta esterna (di compiere certi atti, di compierli in una certa forma o in un certo ordine, ecc.), si trova ad essere, di fronte a quel precetto, il destinatario tenuto ad agire in conformità del medesimo, nel secondo caso il giudice non è chiamato a compiere certe attività in obbedienza alla norma, che non è indirizzata a lui, ma soltanto a conoscere se la norma sia stata osservata da colui che, nel rapporto controverso ne era, fuori del processo, il destinatario. Nel primo caso il giudice è tenuto ad *osservare* il diritto, nel secondo caso è chiamato a *dichiararlo*; nel primo caso il diritto si presenta al giudice come comando pratico al quale egli deve presentemente conformarsi, nel secondo come oggetto di indagine storica e disinteressata, come problema che egli deve risolvere per giudicare se, in occasione di un rapporto già trascorso, l'attività altrui vi si sia conformata. Diversa essendo per i due casi la posizione del giudice di fronte al diritto (nel primo caso si

---

(110) Cfr. in proposito: *Cassazione*, vol. II, n. 78 e segg.; e i miei *Studi*, vol. I, pag. 213 e segg.

tratta di agire per osservarlo, nel secondo caso di conoscere se altri lo ha osservato), diversa è anche la portata giuridica dei difetti in cui il giudice può incorrere nei due casi: nel primo caso si avrà soltanto una contravvenzione a quel precetto processuale che imponeva al giudice di tenere nel processo una certa attività, cioè un comportamento esterno diverso da quello dovuto (vizio di attività: *error in procedendo*); nel secondo caso si avrà qualcosa di più, cioè una non coincidenza del diritto dichiarato dal giudice col diritto effettivamente esistente *inter partes* (vizio di giudizio: *error in iudicando*), cioè un vizio che inquina proprio quella funzione di dichiarare il diritto *inter partes*, che è, nel processo di cognizione, la funzione tipica del giudice. Anche l'*error in iudicando* si può dire che sia conseguenza di un *error in procedendo* intervenuto durante quel lavoro logico che il giudice compie nella fase decisoria (cioè di una contravvenzione commessa dal giudice al dovere che egli ha istituzionalmente di decidere *secundum ius*); ma è un vizio di attività (logica) che porta con sé immancabile la conseguenza di produrre una sentenza ingiusta, cioè di far valere autoritativamente come diritto ciò che diritto non è, forzando così la giustizia a mettersi al servizio del torto.

25. — a) *Motivi di cassazione consistenti in vizî di attività.* Rientrano in questa categoria tutti i motivi di cassazione enumerati dal codice di procedura civile o da altre leggi speciali, eccettuato quello che il n. 3 dell'art. 517, con formula che si trova ripetuta da altre disposizioni viste sopra, denomina « violazione o falsa applicazione della legge »: la legge di cui parla questo n. 3 non è la legge processuale, che indica come i soggetti del rapporto processuale, e tra essi il giudice, debbano comportarsi nel processo, ma è la legge sostanziale su cui il giudice deve giudicare, « applicandola », cioè commisurandola ai fatti controversi.

Escluso questo n. 3 dell'art. 517, del quale parleremo più avanti, tutti gli altri motivi di cassazione consistono in contravvenzioni a precetti di diritto processuale, che pongono i limiti dei poteri del giudice, o stabiliscono come debbono svolgersi per esser valide le attività processuali dall'inizio del giudizio alla fine. Queste contravvenzioni a precetti processuali, dalle quali tutte deriva, qualunque sia il momento del processo in cui sono state commesse, la nullità della sentenza, atto finale del processo, si possono distinguere come segue (111).

I. *Irregolare costituzione del rapporto processuale* (mancanza, rilevabile d'ufficio o tempestivamente eccepita nel giudizio di merito,

---

(111) Cfr. *Cassazione*, vol. II, n. 100.

di presupposti processuali; caso tipico, la *incompetenza*, non espressamente menzionata nell'art. 517, ma ricordata nell'art. 544 e nelle disposizioni speciali sopra richiamate) (112).

II. *Omissione o violazione di forme processuali, prescritte a pena di nullità*, dall'inizio del giudizio alla chiusura della fase istruttoria, « sempre che la nullità non sia stata sanata espressamente o tacitamente » (art. 517, n. 1) (113): rientra tra queste, quantunque menzionata insieme colle nullità proprie della sentenza, quella, prevista dal n. 3 dell'art. 361, che si verifica « se non siasi sentito il Pubblico Ministero nei casi previsti dalla legge ».

III. *Nullità per contravvenzione a precetti processuali concernenti la formazione o la redazione della sentenza.* A norma dell'art. 361, al quale l'art. 517, n. 2, rinvia, la sentenza è nulla « se siasi violato l'art. 357 », il quale stabilisce che non possono concorrere alla deliberazione della sentenza se non quei giudici che hanno assistito alla discussione della causa (114), e se siasi omesso alcuno dei requisiti che la sentenza deve contenere come atto scritto a norma dei nn. 4 a 9 dell'art. 360 (tenore delle conclusioni delle parti; motivi in fatto e in diritto; dispositivo; data; sottoscrizione dei giudici e del cancelliere), salvo quanto è stabilito nell'art. 473 a proposito della correzione. Si suol far rientrare sotto questo gruppo (nullità della sentenza) anche il motivo contemplato al n. 7 dell'art. 517 (se la sentenza « contenga disposizioni contraddittorie »), in quanto, ove esso si verifichi, la sentenza è nulla come provvedimento (115); ma forse è opportuno esaminare questo motivo di cassazione sotto il profilo del vizio di giudizio, che in esso si confonde col vizio di attività (116).

---

(112) CHIOVENDA, *Istituzioni*, vol. II, pagg. 509 e 600.

(113) *Cassazione*, vol. II, pagg. 251-253.

(114) È giurisprudenza costante che la sentenza è nulla anche se è stato violato l'art. 264 regolamento generale giudiziario, secondo il quale « qualora in un tribunale vi sia un numero di giudici maggiore di quello richiesto per giudicare, si astengono i meno anziani » (cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, vol. II, pagg. 62-63). Il collegio non si può considerare illegalmente costituito agli effetti della cassazione se uno dei suoi componenti, legalmente investito delle funzioni giudiziarie da regio decreto, viene in seguito a trovarsi in condizioni di incompatibilità (derivanti dall'essere addetto al Gabinetto del Ministro) che possono essere accertate soltanto dall'amministrazione: C. C., 5-IV-1935 (*Massim. Foro ital.*, 1935, n. 1270, col. 296). Sulla nullità della sentenza in controversia fallimentare, resa da un collegio al quale ha partecipato il giudice delegato al fallimento, cfr. C. C., 22-V-1936 (*Massim. Foro ital.*, 1936, n. 1757, col. 342).

(115) CHIOVENDA, *Istituzioni*, vol. II, pag. 601; BETTI, *Diritto processuale*, pag. 698.

(116) *Cassazione*, vol. II, n. 114.

IV. *Contravvenzione a precetti processuali che stabiliscono i limiti entro i quali l'attività di decisione deve svolgersi*, sia nei casi in cui tale attività è viziata per eccesso (*eccesso di potere*), sia nei casi in cui è viziata per difetto (*omessa pronuncia*).

L'art. 517 non menziona espressamente tra i motivi di cassazione l'*eccesso di potere*, ma esso è contemplato dall'art. 3, n. 3, della L. 31 marzo 1877 e implicitamente dall'art. 544, il quale parla di sentenza annullata « per il motivo che l'Autorità giudiziaria non poteva pronunciare ». La giurisprudenza della Cassazione dà al concetto di eccesso di potere un significato molto ristretto (117), corrispondente a quello consacrato, per la cassazione penale, nell'art. 524 c.p.p. (« esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi od amministrativi, ovvero non consentita ai pubblici poteri »). Ma la dottrina (118) fa rientrare sotto questo concetto anche quei motivi di cassazione che concernono casi in cui il giudice abbia giudicato (esercitando funzione in astratto attribuita all'Autorità giudiziaria) fuori dei limiti in cui egli poteva in concreto giudicare in quel processo: il caso cioè in cui il giudice « abbia pronunciato su cosa non domandata » (*extra petita*: art. 517, n. 4), « abbia aggiudicato più di quello che era domandato » (*ultra petita*: art. 517, n. 5) (119); o in cui la sentenza « sia contraria ad altra sentenza precedente pronunciata tra le stesse parti, sul medesimo oggetto, e passata in giudicato, sempre che abbia pronunciato sull'eccezione di cosa giudicata » (art. 517, n. 8), mentre, ove l'eccezione non sia stata proposta e la sentenza non vi abbia pronunciato, la violazione del giudicato è motivo di revocazione (art. 494, n. 5).

Un vizio analogo in senso inverso a quelli precedentemente ricordati si ha nell'omessa pronuncia (art. 517, n. 6: « se abbia omesso di pronunciare sopra alcuno dei capi della domanda stati dedotti per conclusione speciale): mentre nei casi di eccesso di potere il giudice commette un vizio di attività, in quanto giudica fuori dei limiti in cui la sua attività giurisdizionale dovrebbe essere contenuta, qui il giudice erra in quanto omette di giudicare su un punto compreso entro i limiti della controversia (120).

---

(117) C. C., 15-V-1934 (*Foro ital.*, 1934, I, 1423).

(118) Cfr. Chiovenda, *Istituzioni*, vol. II, 602; Betti, pag. 698; e la mia *Cass.*, vol. II, 254 e 255. Sul concetto di eccesso di potere, oltre i citati da Betti, pag. 699, cfr. per ultimo Petrone, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Studi per D'Amelio*, III, 134.

(119) Cfr. Faggella, in *Foro ital.*, 1935, I, 761.

(120) *Cassazione*, vol. II, nn. 255, 256. Per aversi il vizio di omessa pronuncia è indispensabile che il giudice non abbia pronunciato su un capo di domanda dedotto per conclusione specifica: altrimenti si potrà trattare di difetto di mo-

26. — L'elenco dei vizî di attività, di cui abbiamo finora discorso, ha carattere *tassativo* (121); se essi costituiscono, tutti quanti, contravvenzioni a precetti di diritto processuale, non si può da ciò argomentare che ogni contravvenzione a precetti di diritto processuale sia denunciabile come tale (cioè come vizio di attività) in cassazione. A ciò non autorizza il n. 3 dell'art. 517, il quale, indicando come motivo di cassazione la « violazione di legge », adopera una espressione così vasta e comprensiva, da far pensare che in essa possa comprendersi qualsiasi contravvenzione alla legge processuale *in procedendo*, anche se non espressamente prevista dagli altri numeri dell'art. 517 (122); in realtà, come si dirà meglio tra poco, l'art. 517, n. 3, si riferisce agli *errores in iudicando*, alla erronea dichiarazione di legge, non alle contravvenzioni ai concreti precetti processuali (123), le quali non possono essere invocate come motivo di annullamento all'infuori dei casi tassativamente previsti dalla legge.

A proposito di questi vizî di attività dobbiamo avvertire fin d'ora (pur riservandoci di tornare sull'argomento quando studieremo la estensione dei poteri di indagine della Corte di cassazione) che l'accertamento di questi vizî di attività si presenta alla Corte di cassazione come una indagine sulla attività concretamente svolta nel processo dal giudice o dalle parti, posta in relazione coi concreti precetti processuali alla quale tale attività avrebbe dovuto conformarsi: la Corte di cassazione è chiamata qui, dunque, non già (come per gli *errores in iudicando*) a riesaminare se il giudice di merito abbia esattamente « applicato » il diritto ai fatti da lui accertati, ma *ad accertare essa stessa quello che nello svolgimento del processo è stato fatto, e come è stato fatto*, dai soggetti del rapporto processuale, per poi decidere se queste attività siano o non siano state conformi ai precetti del diritto processuale. L'accertamento di uno di questi vizî di attività si presenta dunque alla Cassazione prima di tutto come una *questione di fatto*, poiché, per stabilire se vi sia stata contravvenzione alla legge processuale, bisogna prima di tutto stabilire quale sia stato in realtà il comportamento concreto delle persone che nel processo erano tenute ad osservarla. La Cassazione dunque, come meglio si vedrà a suo

---

tivazione (v. oltre), non di omessa pronuncia: C. C., 30-V-1927 (*Rep. Foro ital.*, 1927, voce *Sentenza av.*, n. 114). Non incorre in omessa pronuncia il giudice che non abbia pronunciato su capo rimasto assorbito dalla decisione su altro capo (Betti, op. cit., pag. 699). Per la omessa pronuncia sulle spese, provvede, senza bisogno di ricorrere in cassazione, l'art. 370, ultimo capoverso.

(121) *Cassazione*, vol. II, n. 101.

(122) Cfr. su tale questione nel diritto germanico e austriaco, *Cassazione*, vol. II, n. 101, cit.

(123) C. C., 5-III-1936 (*Massim. Foro ital.*, 1936, n. 761, col. 154).

tempo, è, in quanto il ricorso sia basato su *errores in procedendo*, anche giudice del fatto (oltre, n. 45): poiché essa deve, nei limiti dei motivi stabiliti dall'art. 517, controllare come si siano realmente svolte tutte quelle attività esterne di cui, dal principio alla fine, si compone il processo; la Corte di cassazione si trova, nei confronti del rapporto processuale che costituisce l'oggetto della sua cognizione, nella stessa posizione in cui il giudice di merito si trova nei confronti del rapporto controverso sostanziale. Gli atti del processo di merito diventano qui per la Corte di cassazione, il *thema decidendum*: e come il giudice di merito, prima di condannare il debitore al risarcimento, deve accertare *se è vero* che esso non abbia eseguito, fuori del processo, la dovuta prestazione, così la Cassazione, prima di pronunciare la nullità della sentenza denunciata, deve accertare *se è vero* (*quaestio facti*) che non sia stata compiuta nel processo, o che non vi sia stata compiuta nelle forme dovute, quella tale attività, la cui mancanza o imperfezione è motivo di nullità della sentenza.

Questo profilo di *quaestio facti* sotto il quale si presentano in cassazione i vizî di attività, non è, in genere, disconosciuto dalla giurisprudenza del Supremo Collegio. Vi è peraltro, in questa giurisprudenza un caso tipico, nel quale la Corte di cassazione, irrigidita nel restringere i proprî poteri di indagine entro confini assai più angusti di quelli che la dottrina le riconosce, è in aperto dissidio con la opinione unanime degli scrittori: il caso della violazione del giudicato, considerato come motivo di cassazione dall'art. 517, n. 8. Qui, mentre le considerazioni sopra esposte porterebbero a far ritenere che, essendo la violazione del giudicato un eccesso di potere, cioè un vizio di attività, la Cassazione abbia potere di riesaminare in fatto se ed in che misura il precedente giudicato esisteva, e di conseguenza se ed in che misura è stato violato, la Corte di cassazione si ostina a ritenere che la esistenza in concreto del giudicato e della sua violazione è un apprezzamento demandato incensurabilmente al giudice di merito, e che l'annullamento per il motivo di cui al n. 8 dell'art. 517 può esser pronunciato soltanto quando appaia che la violazione del giudicato *in procedendo* sia derivata da disconoscimento *in iudicando* dei principî giuridici che regolano in astratto l'istituto della cosa giudicata (124): così, secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, il motivo previsto dal n. 8 dell'art. 517 sarebbe praticamente superfluo perché,

---

(124) Giurisprudenza costante. Cfr. tra le ultime decisioni: C. C., 8-V-1936 (*Massim. Foro ital.*, n. 1548, col. 30); Id., 15-IV-1936 (*Ibid.*, n. 1279, col. 251); Id., 20-II-1936 (*Ibid.*, n. 596, col. 123); Id., 7-II-1936 (*Ibid.*, n. 478, col. 102); Id., 5-II-1936 (*Ibid.*, n. 446, col. 93); Id., 15-I-1936 (*Ibid.*, n. 144, col. 31); Id., 27-III-1935 (*Ibid.*, n. 1123, col. 263); Id., 6-II-1935 (*Ibid.*, n. 450, col. 102).

se esso si può invocare soltanto contro la sentenza viziata da errata interpetrazione dei principî giuridici della cosa giudicata, esso riguarderebbe un caso di *error in iudicando*, assorbito nel n. 3 dello stesso art. 517 (125).

Un altro caso tipico in cui un motivo che l'art. 517 ha enunciato come *error in procedendo*, è stato dalla giurisprudenza della Corte portato in pieno nel campo degli *errores in iudicando* e grandemente allargato (contrariamente a quello che è avvenuto per il n. 8) fuori dei limiti per cui la legge lo aveva stabilito, è quello del così detto « difetto di motivazione ». Per l'art. 361, richiamato dal n. 2 dell'art. 517, la sentenza è nulla se non contiene « i motivi in fatto e in diritto »: si tratta, secondo la legge, di una manchevolezza *formale* della sentenza come atto scritto; che si verifica soltanto quando nella sentenza sia omessa del tutto quella parte del testo che deve riferire i motivi della decisione, e che prescinde assolutamente dalla bontà intrinseca dei medesimi, purché essi siano formalmente indicati. Ma su questa omissione dei motivi, considerati dalla legge come vizio formale, la pratica ha esercitato un'opera costante e graduale di snaturamento ed allargamento, ritenendo che alla materiale omissione della motivazione potesse equivalere la enunciazione di una motivazione logicamente difettosa e poco persuasiva nel suo contenuto (126). Così il difetto di motivazione, da *error in procedendo* assai difficile a verificarsi, è diventato, attraverso la giurisprudenza della Cassazione, il più frequente ed abusato degli *errores in iudicando* attraverso il quale la Cassazione abitualmente giunge a riesaminare, sotto colore di difetto di motivazione, la *quaestio facti* (cfr. oltre, n. 32) (127).

27. — b) *Motivi di cassazione consistenti in vizî di giudizio.* — Questo secondo gruppo di motivi di cassazione, che sono i più importanti, perché rispondono allo scopo caratteristico dell'istituto, si riassumono nel n. 3 dell'art. 517 c.p.c., che è il fulcro su cui tutto l'istituto poggia, secondo il quale la sentenza può esser denunciata (oltre che per gli

---

(125) Cfr. in proposito lo scritto dello ZANZUCCHI, *Contrarietà di giudicato e poteri della Corte di cassazione* (*Temi emil.*, 1928, n. 4), con tutta la letteratura e giurisprudenza precedente. L'insegnamento dato su questa questione dalla Cassazione è ugualmente ingiustificabile, anche quando l'efficacia della cosa giudicata si consideri come *positiva* (obbligo del secondo giudice non già di astenersi dal decidere, ma di decidere in modo conforme al giudicato).

(126) La Corte di cassazione ritiene che la denuncia di « insufficienza di motivazione » equivalga a quella di « omissione di motivazione »: C. C., 9-XII-1931 (*Rep. Foro ital.*, 1931, voce *Cassazione*, n. 181).

(127) CHIOVENDA, *Istituzioni*, vol. II, pag. 601, e la mia *Cassazione*, vol. II, pagg. 371-375.

errores in procedendo già veduti) « se contenga violazione o falsa applicazione della legge ».

I. Il significato in sé vago e generico della espressione « violazione della legge » potrebbe far pensare, come qualcuno insegnò (128), che in essa siano comprese anche le contravvenzioni a concreti precetti processuali, e che quindi la enumerazione degli altri sette motivi, contenuta negli altri numeri dell'art. 517, sia superflua. In realtà il raffronto analitico di questo motivo, anche nelle sue espressioni letterali (« contenga »... « applicazione ») cogli altri motivi precedentemente esaminati e soprattutto la considerazione dello svolgimento storico dell'istituto, dimostrano che questo n. 3 si riferisce non alle contravvenzioni di leggi processuali in cui il giudice sia incorso nel costruire esteriormente la sentenza o il processo che l'ha preceduta, ma alle violazioni e false applicazioni di legge che inquinino il *contenuto* della sentenza, cioè che siano intervenute nel giudicare (*errores in iudicando*). Occorre qui richiamare, poiché ha carattere fondamentale, la profonda differenza, già rilevata (dietro, n. 24 in fine), che passa tra la inosservanza o inesecuzione o contravvenzione alla legge processuale, in cui il giudice può incorrere per non avere agito così come, in obbedienza alla legge, avrebbe dovuto agire, e la erronea dichiarazione o accertamento della legge in cui il giudice può incorrere per non aver esattamente giudicato così come, in applicazione della legge sostanziale, avrebbe dovuto giudicare. Il n. 3 dell'art. 517 si riferisce a questo secondo caso: alla violazione o falsa applicazione di legge in cui il giudice sia incorso nel giudicare, cioè all'*error in iudicando* che consiste in una « violazione o falsa applicazione di legge ».

II. Si presenta qui il problema centrale della Cassazione, che è anche il suo problema di più ardua soluzione: quali sono, tra gli errori in cui può incorrere un giudice nel giudicare, quelli che hanno i caratteri della « violazione o falsa applicazione di legge »? Errore di giudizio è il *genus*: « violazione o falsa applicazione di legge », nel significato dell'art. 517, n. 3, è una specie di questo *genus*. Quali sono i limiti, i caratteri distintivi di questa specie?

Qualcuno, intanto, potrebbe negare addirittura la esistenza del problema, osservando che, in fondo, ogni sentenza ingiusta nel suo dispositivo, qualunque sia l'origine dell'errore ed il momento in cui, nel cammino logico percorso dalla mente del giudice, questo errore si sia prodotto, contiene nel suo stesso dispositivo una violazione di legge: se il giudice è chiamato in ogni causa a decidere quali sono le conseguenze giuridiche di una concreta fattispecie, cioè a risolvere

---

(128) MORTARA, *Comm.*, vol. IV, pag. 544.

un *concreto problema di diritto*, ogni ingiustizia è un errore di diritto, poiché ogni ingiustizia porta a proclamare come concreta volontà di legge ciò che in realtà non corrisponde alla vera volontà della legge. Ma così si arriverebbe a dimostrare che ogni sentenza ingiusta, per il solo fatto di esser tale *nel dispositivo*, sarebbe denunciabile in cassazione: il che significherebbe ridurre il ricorso in cassazione a un puro e semplice rimedio contro la ingiustizia, e negare il suo scopo istituzionale.

In realtà, nel dare la nozione generale dell'istituto, abbiamo già visto che il diritto, la cui violazione può dar adito alla cassazione, non è il diritto nei suoi precetti concreti, scaturenti dal coincidere di una fattispecie reale con la astratta fattispecie ipotizzata dalla norma (*ius litigatoris*, *ius in hypothesi*), ma è il diritto considerato come norma generale ed astratta, come massima potenzialmente applicabile ad una quantità indeterminata di casi possibili. Non si può esattamente delimitare la portata dell'art. 517, n. 3, se non tenendo presente lo scopo della Cassazione, che è quello, come già si è visto, di mantenere la esatta ed uniforme interpetrazione giurisprudenziale delle leggi, censurando, nelle sentenze ad essa denunciate, tutti quegli errori di diritto che rappresentino deviazioni da tale retta interpetrazione. La Cassazione non censura una sentenza perché sia ingiusta nel dispositivo, ma perché tale ingiustizia del caso singolo sia stata causata da una di quelle « violazioni o false applicazioni » di legge, che mettono in pericolo la uniformità della giurisprudenza, in quanto coinvolgono la interpetrazione di una legge come comando di portata generale ed astratta. Non basta dunque a fondare il ricorso in cassazione per *error in iudicando*, che il dispositivo sia in concreto ingiusto (se così fosse, qualunque errore capace di ripercuotersi sul dispositivo e di renderlo ingiusto sarebbe motivo sufficiente di cassazione), ma occorre altresì che questa ingiustizia concreta del caso singolo sia l'effetto di uno di quegli errori che, in se stesso considerato, possa apparire come meritevole di censura sotto il profilo del mantenimento dell'unità della giurisprudenza.

III. Per stabilire l'esatta portata del n. 3 dell'art. 517, non basta dunque fermarsi all'ingiustizia del dispositivo, che è l'effetto, ma bisogna risalire alla motivazione di quel dispositivo, alla premessa di quella conclusione, cioè alla causa logica di quell'effetto: che in se stesso, quando sia causato da un errore che non abbia i caratteri di una « violazione o falsa applicazione di legge », non è rilevabile in sede di cassazione. Si intende quindi come la dottrina, per classificare gli *errores in iudicando* e per stabilire quali tra essi possono servir di fondamento a un ricorso in cassazione, abbia dovuto necessariamente compiere l'analisi della genesi logica attraverso la quale si forma la

sentenza (129), e, andando al di là del corrente insegnamento secondo il quale lo scheletro di ogni sentenza sarebbe costituito da un solo sillogismo, di cui la premessa maggiore sarebbe la norma giuridica (premessa di *diritto*) e la premessa minore la posizione del fatto (premessa di *fatto*), abbia tentato di mettere allo scoperto nel ragionamento del giudice quel complicato concatenarsi e intersecarsi di sillogismi preparatorî, ciascuno dei quali serve, colla sua conclusione, a costruire le premesse per i sillogismi successivi, fino a giungere, di tappa in tappa, alle premesse ultime da cui verrà fuori il dispositivo. Si riconnettono a queste sottili indagini compiute dalla dottrina le lunghe discussioni, non ancora sopite (130), intorno alla possibilità di distinguere nel ragionamento del giudice la questione di diritto dalla questione di fatto, e conseguentemente l'errore di diritto dall'errore di fatto, e di cercare, in tale distinzione, il criterio per classificare gli *errores in iudicando* agli effetti della loro denunciabilità in cassazione; mentre altri, che negano la possibilità di tale distinzione in quanto nella mente del giudice questione di diritto e questione di fatto si presenterebbero come un unico problema, e già nella scelta dei fatti da accertare sarebbe implicita la soluzione della *quaestio iuris*, cercano il criterio di classificazione nel carattere generale o individuale dell'errore, considerando denunciabile in cassazione quello che vizia un giudizio *generale*, cioè una qualunque delle premesse maggiori che si incontrano nella motivazione della sentenza, e non denunciabili gli errori che viziano i giudizî *individuali*, funzionanti, in quello schema logico, da premesse minori. E non mancano nella dottrina tedesca, alla quale l'istituto della *Revision* presenta su questo punto problemi assolutamente identici a quelli che da noi suscita la cassazione, recenti autori i quali, considerando artificiosi e fallaci i criterî di distinzione finora ricordati, credono di trovare un più sicuro criterio nel contrapporre l'accertamento dei fatti alla valutazione dei fatti (*Tatsachenfeststellung - Tatsachenbewertung*), considerando esclusi dalla revisione soltanto gli errori di giudizio che siano intervenuti nell'accertamento, e includendovi tutti quelli che siano intervenuti nella valutazione (131).

---

(129) Cfr. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile* (*Studî*, vol. I, pag. 2 e segg.); *Cass.*, vol. II, capo III; CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'*error in iudicando *in cassazione* (*Studî*, vol. I, pag. 364).

(130) *Cassazione*, vol. I, n. 219; vol. II, n. 103; e posteriormente, BETTI, *Diritto processuale*, n. 83; e nella dottrina estera i citati lavori di MARTY (francese), MANNHEIM, MANIGK, SCHWINGE (tedeschi); WALIGÒRSKI (polacco). La dottrina italiana si è arricchita, mentre il presente lavoro è in bozze, del volume fondamentale del CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione* (Padova, 1937).

(131) MANNHEIM contro SCHWINGE, op. cit., pag. 56 e segg.

L'indole informativa di questo lavoro non mi consente di approfondire queste polemiche teoriche: per conto mio ritengo che la distinzione, tradizionale anche nella pratica della cassazione, tra errore di diritto ed errore di fatto sia da mantenersi, purché la portata di tale distinzione sia costantemente messa in relazione con quello che è lo scopo fondamentale dell'istituto (132): errore di diritto, è, in relazione alla cassazione, soltanto quello che è rilevante agli effetti del mantenimento della esatta interpetrazione della legge come comando generale ed astratto, cioè soltanto quell'errore che non sia limitato alle conseguenze giuridiche concrete del caso singolo, ma che coinvolge la esistenza o il significato della norma giuridica, e come tale sia suscettibile di riprodursi, per forza di imitazione e di contagio, tutte le volte in cui la stessa norma giuridica possa nell'avvenire tornare in questione in casi simili. È in sostanza lo stesso criterio tradizionale (distinzione tra errore di diritto ed errore di fatto, intesa *teleologicamente* in relazione allo scopo istituzionale della Cassazione) a cui è giunta la dottrina francese col MARTY (133) quando limita il controllo della Suprema Corte, ai fini del mantenimento dell'unità della giurisprudenza, ai soli errori che hanno attitudine a riprodursi in casi simili (criterio della « *généralisation possible* »); ed a cui è tornata in questi ultimi anni la dottrina tedesca, quando, collo SCHWINGE, ritiene accettabile la distinzione fra questione di diritto e questione di fatto, purché a tale distinzione si dia il significato di contrapposizione tra *questione di precedente* e *questione del caso singolo* (*Richtlinienfrage* e *Frage des Einzelfalls*) (134).

IV. Si potrebbe pertanto concludere che per l'art. 517, n. 3, sono denunciabili in cassazione tutti e soltanto quegli errori di diritto intervenuti *in iudicando*, che concernono l'esistenza o il significato della norma giuridica: cioè tutti quegli errori di giudizio che, se non fossero censurati dalla Suprema Corte, potrebbero costituire un precedente, atto a mettere in pericolo la unità della interpetrazione giurisprudenziale.

Si deve avvertire però che l'art. 517, n. 3, che dovrebbe essere correttamente l'unica *sedes materiae* da cui si potesse desumere quali sono gli *errores in iudicando* denunciabili in cassazione, trova in realtà temperamenti e in certo senso smentite in altre disposizioni dalle quali la pratica ha tratto argomenti per estendere *assai al di là dei fini propri della cassazione* il controllo della Corte Suprema sugli *errores in iudicando*: alludo non tanto al motivo di contraddittorietà delle

(132) *Cassazione*, vol. II, pag. 291.
(133) MARTY, op. cit., pag. 366.
(134) SCHWINGE, op. cit., pag. 54.

disposizioni (art. 517, n. 7) attraverso il quale la Cassazione può in certi casi compiere un'indagine sul *contenuto* della sentenza, ma soprattutto al « difetto di motivazione », che, sforzato dalla pratica, come si è visto, fuori della sua originaria natura di vizio rigorosamente formale, ha permesso e permette alla Cassazione di riesaminare correntemente anche quegli errori di fatto, che per l'art. 517, n. 3, rimarrebbero incensurabili. Talché, chi si metta a riassumere in principî esatti i limiti entro i quali dev'essere contenuto in cassazione il rilievo degli *errores in iudicando*, si trova continuamente a compiere una specie di lavoro di Sisifo: perché, dopo aver stabilito che, in base all'art. 517, n. 3, è vietata alla Cassazione una certa indagine, si trova a dover constatare che in realtà nella pratica anche tale indagine è ammessa attraverso l'espediente abusatissimo del difetto di motivazione.

28. — In base ai criterî sopra accennati, guardiamo ora quali sono, in concreto, gli *errores in iudicando* classificabili sotto la denominazione di « violazione e falsa applicazione di legge ».

E prima di tutto, in che significato si deve intendere, agli effetti della Cassazione, la parola « legge »? (135).

In armonia con lo scopo istituzionale della Cassazione, per il quale deve esser garantita la uniforme interpetrazione giurisprudenziale di ogni norma suscettibile di essere applicata, per la sua portata generale ed astratta, a tutta una serie di possibili casi simili, la legge, di cui parla l'art. 517, n. 3, deve essere intesa *in senso sostanziale*: non soltanto dunque è denunciabile in cassazione la violazione di norme giuridiche costituite dagli organi legislativi, ma di qualsiasi altra norma, generale ed astratta, che sia in vigore (136) nell'ordinamento giuridico italiano, anche se contenuta in decreti legislativi o in decreti-legge o in regolamenti della amministrazione dello Stato o degli enti pubblici autarchici (137), del diritto straniero (138), del di-

---

(135) Chiovenda, *Istituzioni*, vol. II, pag. 594; Zanzucchi, *Dir. proc.*, pagg. 313, 314; Betti, *Dir. proc.*, pagg. 693, 694; Marty, op. cit., pag. 99 e segg.; Schwinge, op. cit., pag. 60 e segg.

(136) Sulla denunciabilità in cassazione della violazione di legge *nuova*, cioè entrata in vigore dopo la pronuncia della sentenza denunciata, cfr. C. C., 2-II-1937 (*Massim. Foro ital.*, n. 290, col. 71). Cfr. nota 353.

(137) Chiovenda, *Istit.*, vol. II, pagg. 25 e 26.

(138) C. C., 30-VII-1931 (*Settimana cass.*, 1931, 1517); cfr. Andrioli, in *Foro ital.*, 1931, I, 968; Lewald, *Le contrôle des cours suprêmes sur l'application des lois étrangères*, cit., in Bibl., pag. 90 e segg.; e, su questo libro, Meriggi, in *Mon. trib.*, 1937, 577.

ritto internazionale o del diritto consuetudinario (139), in quanto applicabile nei giudizî italiani; delle norme di diritto antico (140) (comune, canonico, degli Stati italiani preesistenti, ecc.) per i rapporti che ne sono tuttavia regolati (141). Rientra sotto il concetto di « legge » qualsiasi norma giuridica che, quantunque non formulata in apposito articolo, sia peraltro desumibile dal sistema, fino a risalire ai principî generali del medesimo: sotto questo aspetto può essere denunciata in cassazione anche la violazione di massime del diritto romano, in quanto esse contengano e riassumano un principio vigente anche nell'ordinamento attuale. Non rientrano nel concetto di « legge » gli atti amministrativi (142), come quelli i cui effetti giuridici si restringono al solo caso concreto (143); né i contratti tra privati (per i quali solo impropriamente si parla, sforzando la espressione dell'art. 1123 c.c., di « legge del contratto »), anche se aventi carattere di contratti *tipici*, come sarebbero quelli per adesione (144); né i regolamenti o statuti di enti privati (145). La giurisprudenza è costante nel ritenere non denunciabili le violazioni dei contratti collettivi di lavoro (146); ma

---

(139) Sulla differenza tra gli usi *normativi*, la cui violazione dà adito a cassazione, e gli usi interpetrativi, che per la loro natura contrattuale sono incensurabili, cfr. C. C., 22-VI-1925, 25-V, 12-VII, 31-VII, 26-XI-1926 (*Rep. Foro ital.*, voce *Cassazione*, 1925, n. 89; 1926, nn. 119-123; voce *Consuetudine*, 1926, nn. 3-5).

(140) Cfr. in vario senso: C. C., 24-III-1926 (*Rep. Foro ital.*, voce *Cassazione*, 1926, n. 117); Id., 14-III-1930 (*Ibid.*, voce *Nobiltà*, 1930, n. 3).

(141) Chiovenda, *Istit.*, vol. II, pag. 594.

(142) Per le leggi meramente formali, cfr. Chiovenda, *Istit.*, vol. II, pag. 25.

(143) Non è denunciabile la violazione di un patto di un capitolato speciale di appalto: C. C., 23-III-1924 (*Rep. Foro ital.*, 1924, voce *Appalto*, n. 4), mentre è denunciabile quella delle norme dettate dal capitolato generale del Ministero dei LL.PP.: C. C., 9-III-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 809, col. 165).

(144) Giurisprudenza costante per le clausole delle polizze di assicurazione. Cfr. per ultimo: C. C., 31-V, 2-VII, 13-VII-1935 (*Massim. Foro ital.*, 1935, nn. 2093, 2564, 2565, 2738, coll. 469, 577, 619). Sui « contratti tipici » nella revisione tedesca, cfr. Manigk, op. cit., pag. 125 e segg.; Schwinge, op. cit., pag. 68.

(145) C. C., 9-VIII-1934 (regolamento di condominio) (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Comunione*, n. 140); Id., 11-III-1930 (regolamento di un consorzio privato) (*Ibid.*, 1930, voce *Cassazione*, n. 77); Id., 4 e 7-VII-1930 (regolamento del personale di un istituto bancario privato) (*Ibid.*, 1930, voce *Banca*, nn. 22, 23). La Cassazione ha invece ritenuto denunciabile in cassazione la violazione di statuti di enti di diritto pubblico, come le Associazioni sindacali riconosciute: C. C., 15-I-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 131, col. 29), le Casse di risparmio controllate dallo Stato: C. C., 6-VIII-1925 (*Rep. Foro ital.*, 1925, voce *Cassazione*, nn. 104, 105); contro: C. C., 2-V-1932 (*Ibid.*, 1932, voce *Cassa di risparmio*, n. 1).

(146) Cfr. per ultimo: C. C., 9-I, 20-I, 2-III-1936 (giurisprudenza costante) (*Massim. Foro ital.*, 1936, n. 44, col. 10; n. 214, col. 46; n. 707, col. 142). Cfr. Papa, in *Studî in onore di M. D'Amelio*, III, pag. 1.

su questo insegnamento c'è molto da discutere, di fronte alla opinione ormai prevalente che considera questi contratti come fonte per i singoli di norme obbligatorie, generali ed astratte. Non ha, invece, carattere di legge obbligatoria la Carta del lavoro (147).

Si deve infine rilevare che se la « legge » di cui parla l'art. 517, n. 3, è di regola la legge che deve essere applicata *in iudicando* al rapporto sostanziale controverso, cioè una norma di diritto sostanziale o materiale, non si può escludere che in alcuni casi anche una norma di diritto processuale possa presentarsi come oggetto del giudizio, e possa quindi esser falsamente interpetrata ed applicata *in iudicando* allo stesso modo delle norme di diritto sostanziale. Ciò può accadere quando il giudice di merito è chiamato a decidere preliminarmente o interlocutoriamente una questione che riguarda non il merito, ma il processo: in tal caso, se la legge processuale è stata male interpetrata od applicata, questo errore di diritto sarà denunciabile in cassazione in base al n. 3 dell'art. 517, anche se la norma processuale che è stata falsamente interpetrata ed applicata *in iudicando*, non sia tra quelle la cui inosservanza *in procedendo* possa dar luogo a cassazione in base agli altri motivi. L'interesse alla uniforme interpetrazione giurisprudenziale sussiste anche per il diritto processuale: e l'annullamento per erronea interpetrazione della legge processuale *in iudicando* non va confuso, né rimane assorbito, nella nullità per contravvenzione alla legge processuale *in procedendo* (148).

29. — Dopo aver visto in che senso l'art. 517, n. 3, parla di « legge », guardiamo ora in che senso lo stesso articolo parla di « violazione o falsa applicazione » della medesima (149).

I. Rientrano tipicamente sotto quella espressione tutti quegli errori di diritto che costituiscono il disconoscimento di una norma giuridica nella sua portata generale ed astratta (in funzione di *premessa maggiore*): errore sulla esistenza, sulla validità, sul significato di una norma giuridica. Ciò si verifica in tutti quei casi in cui il giudice ignora l'esistenza e si rifiuta di riconoscere l'esistenza (150) di una norma giuridica in vigore, o considera come norma giuridica una

---

(147) C. C., 15-III-1935, e 2-III-1936 (*Massim. Foro ital.*, 1935, n. 956, col. 222, e 1936, n. 708, col. 142).

(148) Cfr. *Cassazione*, vol. II, n. 106; BETTI, op. cit., pag. 694, nota 4. In senso contrario, CHIOVENDA, *Istit.*, vol. II, pag. 599.

(149) Cfr. la mia *Cassazione*, vol. II, n. 103, pag. 281 e segg.

(150) Quando vi sia un aperto rifiuto del giudice a riconoscere come legge ciò che egli sa esser legge, si può parlare di *eccesso di potere*: cfr. CHIOVENDA, *Istit.*, vol. II, pag. 604; CARNELUTTI, *Eccesso di potere* (*Studî dir. proc.*, vol. I, pag. 339).

norma che non è più o che non è mai stata in vigore (151). In questo caso si parla di *violazione di legge* in senso stretto (errore *contra ius costitutionis, contra ius in thesi clarum*).

II. Riguarda non già l'esistenza, ma il significato della legge come premessa maggiore, l'errore sul contenuto di una norma giuridica, che si verifica quando il giudice, pur riconoscendo l'esistenza e la validità della norma appropriata al caso, erra nell'interpetrarla nella sua portata generale ed astratta (*erronea interpetrazione di legge*).

III. Ma da errore denunciabile in cassazione possono esser viziati non soltanto i giudizî generali che il giudice formula sulla esistenza e sul significato della norma giuridica in astratto, come premessa maggiore, ma altresì il giudizio individuale con cui il giudice, nelle premesse minori, stabilisce la relazione che passa tra la norma giuridica e il concreto rapporto controverso; ossia fa un giudizio concreto sulla coincidenza o non coincidenza che passa tra la fattispecie legale, astrattamente ipotizzata dalla norma, e la fattispecie concreta, giuridicamente qualificata. Quando un giudice applica ai fatti della causa una norma diversa da quella che ad essi dovrebbe esser correttamente applicata, questo può derivare o da un errore intervenuto nell'accertamento dei fatti, in quanto il giudice abbia ritenuto esistente in concreto una fattispecie diversa da quella in realtà esistente; ovvero da un errore intervenuto nella qualifica giuridica della fattispecie correttamente accertata, o nella scelta della norma giuridica corrispondente a quella qualifica: ora, mentre nel primo caso si tratta di un errore di fatto non denunciabile in cassazione, l'errore di qualifica dei fatti correttamente accertati o l'errore sulla scelta della norma ad essi applicabile è denunciabile in cassazione come « falsa applicazione di legge » (*Subsumtionsirrtum* dei Tedeschi). Non è sempre facile trovare la linea di confine tra errore di fatto e falsa applicazione di legge: sicché questo motivo di cassazione dà luogo in pratica a dubbî e a dibattiti (152); ma è certo che, quando dalla motivazione appaia che l'errore non è intervenuto nell'accertamento dei fatti, ma nel dare ad essi il *nomen iuris* o nello scegliere la norma corrispondente a questo *nomen*, siamo di fronte a errore di diritto, dal quale, quantunque abbia il carattere di un errore *in concreto*, si può facilmente risalire a un errore sul significato di quella norma che definisce in astratto gli *essentialia negotii* o che avrebbe dovuto essere considerata come ad essi appropriata: e quindi, anche qui, si tratta di un errore di diritto

(151) C. C., 29-VII-1932 (*Rep. Foro ital.*, 1932, voce *Cassazione*, n. 95).

(152) Cfr.: C. C., 10-III-1926 (*Rep. Foro ital.*, voce *Cassazione*, n. 96); Id., 2-III-1934 (*Ibid.*, 1934, n. 75); Id., 11-VI-1934 (*Ibid.*, nn. 78-80); Id., 28-III-1930 (*Ibid.*, n. 78); Id., 10-V-1932, (*Giur. ital.*, 1932, 777); ecc.

che può costituire precedente sulla interpetrazione di tale norma, e che rientra per questo nel campo del controllo della Corte Suprema. L'errore che intervenga nello stabilire la relazione tra il fatto rettamente accertato e la norma ad essa applicabile si può, insomma, sempre ridurre ad un errore sul significato e sulla portata della norma, cioè a un errore di interpetrazione, di carattere generale ed astratto (153).

Si potrà dunque ricorrere in cassazione sostenendo che il giudice di merito abbia errato nell'applicare a un negozio definito come vendita una norma che concerne la donazione, o nel definir come vendita un negozio i cui estremi, già accertati, corrispondono a quelli di una donazione (154). Diversamente insegna la giurisprudenza del Supremo Collegio per quei casi in cui la qualifica giuridica, data dal giudice di merito ai fatti, si riferisca non ad un negozio giuridico che si trovi definito nei suoi estremi tipici da una norma, ma ad uno di quei concetti lasciati deliberatamente vaghi ed indeterminati dal legislatore, che ha voluto affidare al giudice di farne volta per volta la determinazione concreta: in questi casi la giurisprudenza insegna che l'errore in cui il giudice sia incorso nel determinare in concreto il contenuto di tali concetti (per es., la colpa, o la diligenza del buon padre di famiglia, o il « giusto prezzo », ecc.) (155) non è censurabile in cassazione, a meno che tale determinazione concreta non sia accompagnata dalla enunciazione di giudizî generali di diritto, che siano come tali erronei, indipendentemente da ogni riferimento al caso concreto.

IV. Si può considerare a sé, come un errore di diritto in concreto diverso da quello considerato *sub* III, l'errore di diritto inerente alla conclusione del sillogismo: consistente in ciò, che il giudice, pur avendo esattamente costruito le premesse, ne trae una conseguenza giuridica che da tali premesse non deriva (per es., dopo aver trovato esattamente la norma da applicare al caso, determina gli effetti giuridici in misura diversa da quelli stabiliti dalla norma prescelta). Qui,

---

(153) *Cassazione*, II, nn. 39 e 104.

(154) Cfr.: C. C., 31-I-1935 (*Massim. Foro ital.*, 1935, n. 378, col. 84); Id., 12-III-1926 (*Ibid.*, 1926, voce *Cassazione*, n. 97); Id., 28-VI-1929 (*Ibid.*, 1929, n. 37).

(155) Cfr. per es.: C. C., 20-V-1925 (*Rep. Foro ital.*, 1925, voce *Danni*, n. 23) (nesso di causalità tra colpa e danno); Id., 19-V-1932 (*Ibid.*, 1932, n. 11) (prevedibilità del danno); Id., 20-XII-1935 (*Massim. Foro ital.*, 1935, n. 3695, col. 816) (diligenza del buon padre di famiglia); Id., 24-III-1926 (*Rep. Foro ital.*, 1926, voce *Cassazione*, n. 99) (eccessiva onerosità della prestazione), ecc. Sotto questo aspetto la revisione germanica è molto più larga: cfr. MANIGK, op. cit., pag. 125. In senso contrario, cfr.: CARNELUTTI, *Limiti*, n. 9; SCHWINGE, op. cit., §§ 7, 2; MARTY, op. cit., pagg. 191 e 192.

se non siamo dinanzi a un errore di logica, censurabile in se stesso (cfr. oltre, n. 32), sarà sempre possibile, da questo errore sulla conclusione, risalire a uno degli errori di diritto sopra considerati (156): a meno che nel determinare le conseguenze di una certa fattispecie, la norma non abbia rilasciato al giudice un *potere discrezionale*, l'esercizio del quale è sempre insindacabile in cassazione (157).

Dalla suesposta classificazione appare dunque che non solo è denunciabile in cassazione l'errore intervenuto nella risoluzione della questione di diritto *astratta* (esistenza e significato della norma), ma altresì quello intervenuto nella risoluzione della questione di diritto *concreta*, in quanto da esso si possa risalire a un errore sulla norma come comando generale ed astratto. Si deve avvertire che l'errore in cui il giudice sia incorso sui fatti da cui si desume o si dovrebbe desumere la esistenza o la inesistenza di una norma (per es., sul fatto dell'abrogazione di una norma), costituisce sempre errore di diritto, perché si risolve nel negare la esistenza di una norma nella sua portata generale ed astratta (158); e che l'errore in cui il giudice sia incorso intorno alla esistenza o alla portata di una *massima di esperienza*, di cui egli si sia servito per desumere l'esistenza di una norma o per integrare il significato della medesima, è in ogni caso equiparato all'errore di diritto, perché ha ugualmente come conseguenza l'errore sulla esistenza di una norma o sul suo significato (159).

---

(156) *Cassazione*, II, pagg. 284 e 285.

(157) Per es., è insindacabile in cassazione la concessione, pronunciata dal giudice di merito, della dilazione ex art. 1165; C. C., 16-I-1928 (*Rep. Foro ital.*, 1928, voce *Cassazione*, n. 88); Id., 10-V-1935 (*Massim. Foro ital.*, 1935, n. 1740, col. 401); la determinazione di un assegno alimentare: Id., 23-VII-1928 (*Rep. Foro ital.*, 1928, voce *Alimenti*, n. 26); Id., 11-VI-1929 (*Ibid.*, n. 27); Id., 18-V, 8-VI, 10-VIII-1934 (*Ibid.*, 1934, n. 20, 24, 11); il potere di ordinare la cancellazione di scritture offensive: Id., 16-III-1936 (*Massim. Foro ital.*, 1936, n. 924, col. 186); Id., 25-III-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, voce *Avvocato*, nn. 65-67). Cfr. SCHWINGE, op. cit., §§ 7, 1, pag. 266.

(158) CARNELUTTI, *Limiti*, n. 5; SCHWINGE, op. cit., pag. 68 e segg. Il punto è peraltro controverso quando si tratta di errore sulla esistenza di una norma consuetudinaria: a proposito di che la Cassazione insegna che l'errore di diritto consuetudinario sarebbe denunciabile in cassazione solo quando concerna i requisiti giuridici che l'uso deve avere per esser fonte di diritto, mentre non sarebbe denunciabile, e dovrebbe considerarsi come errore di mero fatto, quando concerne le circostanze di fatto da cui si può desumere l'esistenza di un uso: C. C., 30-VI-1934 (*Giur. ital.*, 1934, I, 1363); Id., 20-I-1933 (*Foro ital.*, 1933, I, 575); Id., 19-IV-1933 (*Ibid.*, 1933, I, 1422); Id., 5-IV-1932 (*Rep. Foro ital.*, 1932, voce *Consuetudine*, nn. 5, 6); Id., 29-X-1928 (*Ibid.*, 1928, nn. 15-18), ecc.

(159) CARNELUTTI, *Limiti*, n. 6; e la mia *Cassazione*, II, pagg. 292 e 293; MARTY, op. cit., pag. 161.

30. — A differenza degli errori di diritto esaminati finora, sfugge al controllo della Cassazione l'errore in cui il giudice sia incorso nell'accertare i fatti della causa; mentre, trattandosi di *errores in procedendo*, la Cassazione può compiere, come si è visto, anche un riesame dei fatti concreti in cui si sostanzia la contravvenzione alla legge processuale, i fatti del rapporto sostanziale controverso devono essere presi dalla Corte Suprema così come il giudice di merito li ha ritenuti. Anche quando la Cassazione può spingersi a riesaminare l'errore di diritto *in concreto*, cioè, come si è visto, l'errore intervenuto nello stabilire la relazione che passa tra il fatto e la norma o nel qualificare giuridicamente il fatto, deve prendere il fatto così come è narrato dal giudice di merito, e riesaminare se la qualifica giuridica è appropriata *a quel fatto così narrato*, non al fatto quale potrebbe diversamente risultare da una nuova valutazione delle resultanze probatorie. Quantunque non vi sia nel nostro codice di procedura civile una norma, simile a quelle che esistono nel diritto germanico e austriaco (160), che espressamente proclami come vincolativo (*bindend*) per il giudice di Cassazione l'accertamento di fatto compiuto dal giudice di merito, questo principio è la necessaria conseguenza della razionale interpetrazione dell'art. 517, n. 3, e dello scopo istituzionale della Cassazione, in quanto è evidente che l'errore di fatto riguarda il solo caso concreto, e non contiene in sé il germe di possibili ripetizioni in altri giudizî.

L'errore di fatto non è denunciabile in Cassazione neanche quando la verità appaia nella sentenza palesemente deformata e tradita, e neppur sotto il profilo del così detto « travisamento » delle resultanze probatorie: ciò potrà dar luogo, in quanto vi siano i requisiti richiesti dall'art. 494, n. 4, a revocazione per errore di fatto; ma che l'errore di fatto, anche se grossolano ed evidente, non può di per sé dar luogo a cassazione, è ormai giurisprudenza costantissima (161).

Del pari la giurisprudenza italiana è costante nell'equiparare all'errore di fatto, e nel considerare quindi sottratto al controllo della Cassazione, l'errore di interpetrazione dei contratti e in genere delle dichiarazioni di volontà. La opinione, che ha nella dottrina germanica numerosi rappresentanti e che è in parte penetrata anche nella prassi del *Reichsgericht* (162), secondo la quale l'errore di interpetrazione

---

(160) *Cassazione*, n. 104, pagg. 290 e 291; CARNELUTTI, *Limiti*, cit.

(161) C. C., 31-I-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 375, col. 78); Id., 21-II, 28-III, 13-V, 8-VI, 3-VII, 10-VII, 22-VII, 7-VIII-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 664, col. 153; n. 1154, col. 271; n. 1781, col. 407; n. 2698, col. 612; n. 2201, col. 492; n. 2584, col. 583; n. 2906, col. 654; n. 3330, col. 744, ecc.). Sulla *dénaturation* nel diritto francese: MARTY, op. cit., pag. 293.

(162) Cfr. MANNHEIM, op. cit., § 5; MANIGK, op. cit.; SCHWINGE, op. cit.

si dovrebbe considerare come un errore di diritto, in quanto interpetrare una dichiarazione di volontà vorrebbe dire determinarne le conseguenze giuridiche, non è penetrata nella dottrina italiana: nella quale si ritiene che l'errore di interpetrazione, anche se nell'analisi della genesi logica della sentenza si debba teoricamente distinguere dall'errore di fatto vero e proprio, è in ogni caso praticamente un errore che non eccede i limiti della *lex specialis* costituita dal negozio per il caso singolo, e che quindi non può costituire precedente per la interpetrazione di un negozio giuridico diverso. La incensurabilità in cassazione della interpetrazione delle clausole contrattuali è, in Italia, *ius receptum* (163); ma, si intende, anche la interpetrazione contrattuale, come l'accertamento dei fatti, può esser censurabile sotto l'aspetto della errata qualifica giuridica, ed altresì sotto altri profili, a cui stiamo per accennare.

31. — Il lavoro logico che il giudice deve compiere per arrivare a scoprire la verità tra i fatti controversi, a trovare tra le migliaia di norme giuridiche quella che si attaglia al caso, ed a riscontrare la coincidenza tra la fattispecie concreta e quella astrattamente ipotizzata dalla norma prescelta, è affidato di regola alla sagacia individuale del giudice, che si regolerà istintivamente nel compiere le varie tappe del suo ragionamento, secondo i dettami della logica e del buon senso: in certi casi però il giudice non è libero di ragionare come la sua coscienza gli detta, ma si trova di fronte a norme giuridiche che gli prestabiliscono i criteri metodologici ai quali egli deve inspirare il proprio ragionamento. Queste *direttive di metodo* che il legislatore fissa al giudice per guidarlo nel suo sillogizzare, riguardano tre distinti momenti del lavoro logico che il giudice è chiamato a compiere *in iudicando*: al momento della ricerca della norma giuridica da applicare al caso si riferiscono le regole sulla interpetrazione ed applicazione delle leggi, contenute negli artt. 2-5 delle dp. c.c.; al momento della interpetrazione dei contratti si riferiscono le disposizioni degli artt. 1131 e segg. c.c.; al momento dell'accertamento dei fatti si riferiscono tutte quelle disposizioni di diritto probatorio che regolano l'onere, l'ammissibilità o la valutazione delle prove (prove legali). Si domanda se la mancata osservanza da parte del giudice di questi criteri di metodo fissati per legge sia, e sotto quale profilo, denunciabile in cassazione.

---

(163) Le decisioni della Corte di cassazione in proposito sono centinaia: cfr., per es., 20-III-1936 e 10-II-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, nn. 1003 e 494, coll. 201 e 106).

È facile rilevare che la posizione del giudice di fronte a queste norme giuridiche è essenzialmente diversa da quella in cui egli si trova di fronte alle norme di diritto sostanziale che egli deve applicare e dichiarare attraverso il suo ragionamento: queste norme si rivolgono direttamente a lui, che ne è il destinatario, comandandogli di ragionare secondo certi criteri anziché secondo altri: egli è tenuto quindi non ad accertarle e ad applicarle ai rapporti altrui, ma ad osservarle nell'esplicazione della sua propria attività logica; mentre per le norme che regolano il rapporto controverso, il ragionamento è il mezzo attraverso il quale egli giunge ad applicarle, queste direttive poste al suo lavoro logico sono il mezzo che il legislatore gli prescrive per ragionare, o, per dir meglio, per esonerarlo dal ragionare con la sua testa. Si trova quindi di fronte ad esse nella stessa situazione di destinatario diretto, in cui, come si è visto, egli si trova, nel compimento degli atti del processo, di fronte ai precetti di diritto processuale: con la differenza che queste direttive del suo ragionamento non regolano, come le norme processuali, la sua attività esterna, ma l'esterno svolgimento del suo giudicare; sicché appaiono vicine, fino a sembrar poste sullo stesso piano, a quelle norme giuridiche che costituiscono l'oggetto del giudizio medesimo.

Se queste norme interpetrative e probatorie di cui finora si è discorso venissero considerate come disposizioni di carattere nettamente processuale, la inosservanza delle medesime, sotto il profilo dell'*error in procedendo*, non sarebbe in sé denunciabile in cassazione; poiché tale inosservanza non potrebbe esser fatta rientrare in nessuno dei vizî di attività che sono previsti dall'art. 517. La dottrina, e più la pratica costante, fanno perciò rientrare la inosservanza di queste norme nel n. 3 dell'art. 517, sotto il profilo dell'*error in iudicando*.

I. Ciò appare esatto quando si tratta di contravvenzione alle norme sulla interpetrazione e applicazione delle leggi, la cui inosservanza si confonde con la interpetrazione o falsa applicazione delle norme da interpetrare o da applicare al rapporto controverso: si può ripetere qui, e *a fortiori*, il ragionamento già fatto per ritenere denunciabile in cassazione la violazione di una massima di esperienza, quando essa serve a interpetrare la norma giuridica e con essa fa corpo (164).

II. Maggiori sono stati, nella dottrina (165) e nella giurisprudenza, i dubbî intorno alla denunciabilità in cassazione delle regole di interpetrazione dei contratti, che, secondo una opinione un tempo preva-

---

(164) SCHWINGE, op. cit., pag. 184.

(165) Cfr. BENSA, in *La Corte di cassazione*, 1924, 42.

lente, si dovrebbero considerare come « norme direttive la cui applicazione è demandata al prudente criterio del giudice di merito » (166); ma ormai prevale nella dottrina e nella giurisprudenza l'opposto avviso, secondo il quale, dovendosi le regole di interpetrazione considerare come norme complementari di quelle sostanziali che attribuiscono efficacia giuridica alle dichiarazioni di volontà (167), la inosservanza di esse si può considerare come violazione di legge *in iudicando*, denunciabile ex art. 517, n. 3 (168).

III. Non si è mai dubitato, finalmente, che siano denunciabili in base all'art. 517, n. 3, le contravvenzioni alle regole legali di prova (169); e qui è più difficile che nei due casi precedenti trovare una appagante giustificazione teorica di questa assimilazione agli *errores in iudicando* di questi veri e proprî *errores in procedendo* intervenuti nell'attività logica con la quale il giudice accerta il fatto. Se, ad es., il giudice per accertare il fatto si serve della prova testimoniale fuori dei casi in cui essa è ammissibile secondo l'art. 1341, ovvero si rifiuta di riconoscere efficacia di piena prova a una confessione, contrariamente a quanto gli imporrebbe l'art. 1356, sembra che queste inosservanze di precetti processuali debbano esser classificate tra gli *errores in procedendo*, e che non possano essere denunciate in cassazione se non sotto questo profilo, in quanto (e non sempre è possibile) i motivi enumerati nell'art. 517 vi si prestino. In realtà, probabilmente per quella stretta parentela che vi è fra il diritto sostanziale e certe norme del diritto probatorio, la inosservanza di esse (*in procedendo*) va confusa con la falsa applicazione (*in iudicando*) delle norme di diritto sostanziale che qualificano giuridicamente i fatti accertati: si considera come « falsa applicazione di legge » (sostanziale) l'applicazione della norma giuridica a un fatto che sia stato accertato *senza osservare le regole* (processuali) *del diritto probatorio*. E così, con una estensione che forse è estranea allo scopo istituzionale della Cassazione, si allarga il controllo della Cassazione anche alla questione di fatto in quanto essa sia stata risolta senza osservare le regole di diritto probatorio che il giudice avrebbe dovuto seguire (170): soltanto

---

(166) C. C., 26-I-1929 (*Rep. Foro ital.*, 1929, voce *Cassazione*, n. 38).

(167) Alfr. Rocco, *Interpretazione delle leggi processuali* (*Arch. giur.*, LXXVII, 96, nota 1); Carnelutti, in *Studî*, I, 408; Zanzucchi, op. cit., pag. 314.

(168) Giurisprudenza ora prevalente: C. C., 31-I-1928 (*Rep. Foro ital.*, 1928, voce *Cassazione*, n. 85); Id., 21-V-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 1950, col. 441).

(169) *Cassazione*, II, n. 107; Carnelutti, scritto cit., n. 10, pagg. 410 e 414; Zanzucchi, op. cit., pagg. 314 e 319.

(170) C. C., 31-III-1932 (*Giur. ital.*, 1932, II, 680).

chi ha pratica dei giudizî di cassazione può comprendere quanto sotto questo profilo sia penetrante il riesame della Corte Suprema (171).

IV. La giurisprudenza è invece nettamente contraria ad ammettere, secondo quanto insegna autorevole dottrina, da cui noi dissentiamo (172), che la questione di fatto possa esser ripresa in esame dalla Corte di cassazione, allo scopo di controllare se il ragionamento fatto dal giudice per ammettere o per valutare le prove abbia trascurato quei criteri generali di ragione e di buon senso o quei dati di comune cultura (massime di esperienza e fatti notorî) ai quali, indipendentemente dalle regole probatorie, il giudice avrebbe dovuto ragionevolmente inspirarsi. La violazione delle massime di esperienza non può essere, secondo noi, motivo di ricorso in cassazione se non in quanto essa sia intervenuta nella decisione della questione di diritto, nel qual caso essa si riduce a un errore di diritto; ma la violazione delle massime di esperienza che sia intervenuta nella decisione della questione di fatto non è in sé denunciabile, perché la Cassazione è stata istituita per mantenere la esatta interpetrazione delle norme giuridiche e non quella delle massime di esperienza, e perché questo motivo di ricorso, se ammesso, trasformerebbe la Cassazione in una dichiarata *revisio in facto* (173).

32. — Tutto quello che si è detto finora per dimostrare che il motivo previsto dall'art. 517, n. 3, deve rimaner contenuto negli stretti limiti della questione di diritto, assume in pratica un certo sapore accademico di fronte alla estensione che la giurisprudenza ha dato al così detto « difetto di motivazione », il quale, inserito (come già si è detto) su quel motivo puramente formale di nullità della sentenza che è previsto dall'art. 361 c.p.c., si è sviluppato in modo ipertrofico nel campo degli *errores in iudicando*, fino ad annebbiare in pratica tutti i

---

(171) Per es., sono frequenti gli annullamenti ex art. 517, n. 3, basati solamente sulla inosservanza da parte del giudice di merito della regola probatoria, secondo la quale la prova diretta deve sempre avere la prevalenza sulla prova per indizî.

(172) Favorevole a tale estensione: Chiovenda, *Istit.*, vol. II, pag. 597 e segg.; Zanzucchi, op. cit., pag. 317; Betti, op. cit., pag. 696. *Contra*: la mia *Cassazione*, II, nn. 104, 105; e in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 126; Carnelutti, *Limiti*, pag. 384; Marty, op. cit., pag. 361; Schwinge, op. cit., pag. 151 e segg. Cfr. per ultimo il citato volume di Calogero e Pavanini, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 247.

(173) Cfr. C. C., 9-XI-1926 (*Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 126). La giurisprudenza ritiene non controllabili le massime di esperienza quando, per es., dichiara incensurabili in cassazione i ragionamenti fatti dal giudice di merito in base a presunzioni: cfr., per es., C. C., 10-V-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 1754, col. 403). Cfr. però nota 180.

limiti posti dalla teoria al concetto di « violazione di legge » e a diventare il più abusato espediente dei ricorsi.

La censura per difetto di motivazione, come si trova elaborato nella pratica, mira a sottoporre la sentenza di merito, in tutte le sue parti (questione di diritto e questione di fatto) ad un controllo, per così dire, di *logicità*: poiché la sentenza deve contenere, in quella parte che si chiama « motivazione », la schematica descrizione dell'itinerario logico che ha portato il giudice alle conclusioni inserite nel dispositivo, e la giustificazione degli argomenti di diritto e di fatto che hanno costituito le tappe di quel cammino, la Cassazione, sotto il titolo di « difetto di motivazione » può spingersi a sindacare non soltanto la esistenza (174), ma altresì la consistenza, la completezza e la coerenza logica e razionale di questa motivazione: non soltanto a verificare se nella sentenza il giudice ha riferito come ha ragionato, ma altresì a controllare se abbia ragionato bene, in modo cioè corrispondente alle leggi della logica, e quindi in modo persuasivo ed esauriente.

A controllare la coerenza logica della sentenza serve tipicamente il n. 7 dell'art. 517, il quale prevede, come motivo di cassazione, il caso che la sentenza « contenga disposizioni contraddittorie ». Ma questo motivo di cassazione è limitato ai soli vizî del *dispositivo* (175), in quanto sussista, tra diversi capi del medesimo, una tale inconciliabilità materiale, da rendere la sentenza non soltanto logicamente contraddittoria, ma altresì praticamente ineseguibile: e la dottrina fa rientrare sotto questo motivo tutti i casi nei quali il dispositivo della sentenza sia tale da rendere, per una ragione o per un'altra, impossibile l'esecuzione (176). Ma, attraverso il « difetto di motivazione », il controllo logico risale dal dispositivo alla motivazione: e riguarda non solo i casi in cui vi è contraddizione fra motivi e dispositivo (177), ma anche quelli in cui vi sia contraddizione tra diverse parti della motivazione, e poi, in àmbito sempre più vasto, tutte quelle che possono sembrare lacune od oscurità dell'argomentazione; fino ad investire, con un riesame pieno in fatto e in diritto, il merito di tutta la motivazione (178). Si ha un bel dire infatti che sotto l'aspetto del di-

---

(174) C. C., 27-VII-1931 (*Foro ital.*, 1932, I, 173).

(175) C. C., 14-VI-1927 (*Rep. Foro ital.*, 1927, voce *Sentenza civile*, n. 130); Id., 13-VI-1928 (*Ibid.*, 1928, n. 78).

(176) Chiovenda, *Istit.*, vol. II, pag. 601.

(177) C. C., 19-IV-1927 (*Rep. Foro ital.*, 1927, voce *Sentenza civile*, n. 128); si potrà ricorrere in base al n. 7 se la contraddizione tra dispositivo e motivi renda incerta ed equivoca la statuizione della sentenza: 17-XII-1931 (*Foro ital.*, 1932, I, 652).

(178) Chiovenda, op. cit., pag. 598; Carnelutti, *Limiti*, cit., pagg. 384 e 385.

fetto di motivazione il controllo della Cassazione non deve rientrare a riesaminare nel merito la bontà degli argomenti contenuti nella sentenza denunciata, ma deve limitarsi a vedere se siano stati rispettati i principî della logica formale, le leggi del pensiero: data la grande difficoltà, per non dire la impossibilità di separare nella pratica il contenuto di un ragionamento dalla forma logica in cui esso si esprime, il controllo di pura logicità si trasforma assai volte in un controllo di merito, che, in luogo di verificare se sia corretto il rapporto formale tra le premesse e la conclusione, rientra a esaminare se siano plausibili le premesse (massime di esperienza) e investe così attraverso il controllo logico su quella parte della motivazione che il giudice di merito ha dedicato alla valutazione delle prove, anche la questione di fatto (179). Come questo motivo di cassazione ingombri il funzionamento pratico dell'istituto, può comprendere a pieno solo chi ne abbia lunga esperienza professionale: non è possibile tentar di riassumere attraverso la giurisprudenza della Corte le svariatissime forme sotto le quali i ricorrenti presentano questo motivo di censura (180): certo è che esso non risponde in alcun modo allo scopo istituzionale della Cassazione, ed è un mezzo più o meno larvato per riesaminare, indipendentemente da ogni considerazione attinente alla uniformità della giurisprudenza, la giustizia del caso concreto (181).

---

(179) Anzi il « difetto di motivazione » è soprattutto volto al riesame della questione di fatto sostanziale, perché « la insufficienza di motivi sulle questioni di diritto, potendo essere integrata dal Supremo Collegio, non importa annullamento »: C. C., 12-V-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1611, col. 312), né importa annullamento quella sull'*error in procedendo*: Id., 18-VI-1935 (*Ibid.*, n. 2371, col. 530), né in materia di competenza in cui « è consentito al Supremo Collegio colmare con motivi proprî le lacune della sentenza di merito »: Id., 5-V-1936 (*Ibid.*, 1936, n. 1523, col. 295).

(180) Sotto il profilo del vizio di motivazione il sindacato del Supremo Collegio si estende al riesame del ragionamento logico per presunzioni: C. C., 20-VII-1929 (*Rep. Foro ital.*, 1929, voce *Cassazione*, n. 35); alla incompletezza del processo logico, per cui la conclusione appaia sproporzionata alle premesse: Id., 12-VI-1929 (*Ibid.*, voce *Sentenza*, nn. 48 e 49). Una sentenza recentissima: Id., 14-IV-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1253, col. 245) così descrive i limiti della censura per difetto di motivazione: la Corte di cassazione esamina il convincimento del giudice di merito « in quanto, dati gli elementi di fatto fissati dalla sentenza denunciata, questa si dimostri censurabile per richiamarsi *a pretese regole di esperienza che in realtà non sussistono*, o sia inficiata da vizî di illogicità, contraddittorietà, incompiutezza, che nella stessa sua motivazione dimostrino, senza bisogno di esaminare il materiale della causa, il proprio errore, e conclude con un convincimento che non rende ragione di sé ».

(181) Una critica penetrantissima della giurisprudenza della Corte di cassazione in tema di difetto di motivazione, allo scopo di dimostrare come questo difetto porti in sostanza in ogni caso ad un controllo di merito, si trova nel recente volume del Calogero, che ha sull'argomento importanza fondamentale. Cfr.

È essenzialmente il « difetto di motivazione », questo motivo *omnibus* su cui si possono caricare le più disparate mercanzie, che permette a ricorrenti di far rientrare larvatamente sotto il controllo della Cassazione tutte quelle censure che altrimenti ne sarebbero escluse (violazione delle massime di esperienza, erronea interpetrazione dei contratti, travisamento, ecc.); ed è proprio questo motivo di cui la stessa giurisprudenza della Corte di cassazione si serve per attenuare il rigore di certe limitazioni da essa poste al proprio controllo, come avviene tipicamente per il motivo di violazione del giudicato (art. 517, n. 8) di fronte al quale la Corte, dopo aver (secondo noi non esattamente) insegnato che il suo sindacato non si può estendere ad accertare la esistenza di tale violazione in concreto (cfr. *retro*, n. 26), tempera poi la assolutezza di questo insegnamento, rientrando a controllare la esistenza concreta del giudicato sotto il profilo del solito difetto di motivazione (182).

Dobbiamo viceversa rilevare che, neanche sotto il profilo del difetto di motivazione si ritiene denunciabile in cassazione l'*errore di calcolo*, quantunque possa esser considerato come esempio tipico di errore di logica (183).

33. — Abbiamo già visto, sotto il profilo dell'*interesse*, che la cassazione non può esser chiesta se non da chi, nel giudizio di merito, sia rimasto soccombente: se la soccombenza sarà parziale, il ricorso potrà esser proposto da ciascuna parte soltanto per quei capi nei quali il *decisum* non ha accolto il suo *petitum*. Ma quando il ricorso è basato su *errores in iudicando*, non basta che il ricorrente abbia la qualità di soccombente, ma occorre altresì che il vizio denunciato stia con quella soccombenza in rapporto di causa ad effetto (184): se viceversa il dispositivo da cui il ricorrente si sente gravato si regge ugualmente,

---

anche JANNITTI PIROMALLO, in *Studî per D'Amelio*, II, 272; e per la revisione germanica: SCHWINGE, op. cit., §§ 9, 2, pag. 186 e segg.; per la Cassazione francese: MARTY, op. cit., pag. 278 e segg., il quale riconosce che il controllo della Cassazione su la *contradiction des motifs*, sul *défaut de base légale* e sulla *dénaturation* non risponde allo scopo istituzionale della Corte di cassazione, ma ha uno scopo diverso che egli chiama *contrôle disciplinaire*, e che in sostanza è quello, volto ad assicurare la giustizia della sentenza, che il giudice superiore ha sul giudice inferiore.

(182) C. C., 31-I-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 397, col. 82).

(183) Giurisprudenza costante. Cfr. per ultimo: C. C., 27-III-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1073, col. 212); Id., 28-V e 20-VII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione*, nn. 89 e 90).

(184) Cfr. la mia *Cassazione*, vol. II, n. 74, *a*); CHIOVENDA, *Istit.*, vol. II, pagg. 595 e 606; BETTI, *Dir. proc.*, pag. 695.

oltreché sull'argomentazione erronea, su altre argomentazioni, desumibili dalla motivazione, che siano corrette o incensurabili o non denunciate, e che bastino da sé sole a sorreggere logicamente quel dispositivo, la sussistenza del vizio denunciato non basta a produrre l'annullamento della sentenza, e il ricorso, quantunque la censura sia teoricamente fondata, sarà tuttavia rigettato per mancanza di rilevanza pratica (185). La soccombenza, insomma, legittima il ricorrente a denunciare non tutti i vizî che nella sentenza di merito apparirebbero teoricamente censurabili nell'interesse pubblico, ma solo quelli che appaiono come causa necessaria e sufficiente della sua soccombenza, ed alla correzione dei quali egli ha un proprio interesse pratico, in quanto la correzione di essi porterà come conseguenza la eliminazione della soccombenza, che da essi è stata causata. È questo uno degli aspetti più caratteristici di quella necessaria coincidenza tra interesse pubblico e interesse privato, che il ricorso in cassazione presenta nella sua struttura di azione individuale di impugnativa (186).

Questo requisito del *nesso di causalità* tra vizio e soccombenza non riguarda gli *errores in procedendo*: i quali, purché sussista la soccombenza e nei limiti di questa (187), producono l'annullamento della decisione denunciata indipendentemente da ogni indagine volta a stabilire se il vizio di attività abbia comunque concorso a causare tale soccombenza (188).

34. — Il diritto di annullamento, di cui finora si sono passate in rassegna le condizioni, può venir meno (189) per decadenza, quando il ricorso non sia proposto nel termine (cfr. oltre, n. 36), o può perdersi (oltreché per dichiarazione di inammissibilità del ricorso o per rinuncia al medesimo: cfr. oltre, n. 43) per acquiescenza alla sentenza denunciabile.

Stabilire se ed in quali casi vi sia stata acquiescenza è una questione di fatto (190), che è sottoposta al riesame della Corte Suprema

---

(185) C. C., 25-III-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1040, col. 207); Id., 17-IV-1936 (*Ibid.*, n. 1249, col. 244); Id., 15-VI e 4-V-1926 (*Rep. Foro ital.*, 1926, voce *Cassazione civile*, nn. 79, 102, 103). Il principio giurisprudenziale ha trovato consacrazione nell'art. 538 c.p.p.; cfr., per i precedenti legislativi, la mia *Cassazione*, vol. II, pag. 258, nota.

(186) *Cassazione*, vol. II, n. 74, *a*).

(187) Cfr. PAVANINI, op. cit., n. 9.

(188) Diverso sistema nella *Revision* germanica ed austriaca: cfr. la mia *Cassazione*, vol. II.

(189) Cfr. ZANZUCCHI, op. cit., n. 175.

(190) La giurisprudenza della Cassazione sulla casistica in tema di acquiescenza è ricchissima: e non è possibile qui neanche tentar di riassumerla.

quando si tratti di acquiescenza alla sentenza di appello; mentre è sottratta al suo riesame quando si tratti di acquiescenza alla sentenza di primo grado (191).

Capo V

35. — L'azione di annullamento per ottenere la cassazione, di cui nel precedente capitolo abbiamo veduto le condizioni sostanziali, si esercita mediante *ricorso* alla Corte, il quale è l'atto costitutivo del rapporto processuale di cassazione. Affinché la Corte di cassazione, investita del ricorso, possa entrare ad esaminare il merito, cioè la *fondatezza* del ricorso (se il ricorrente abbia o non abbia diritto di *ottenere* l'annullamento della sentenza denunciata) occorre che il ricorso risponda a certi requisiti formali, che la dottrina chiama *condizioni formali* del ricorso, per contrapporle alle *condizioni sostanziali* del diritto di impugnativa, di cui si è precedentemente discorso. In mancanza di tali condizioni formali, ed anche se nel corso del procedimento la parte ricorrente non compie certe attività che la legge impone a pena di decadenza, il ricorso è *dichiarato inammissibile*, e la Corte non entra ad esaminare la fondatezza dei motivi; quando esistono le condizioni formali del ricorso, ma mancano le condizioni sostanziali dell'azione, il ricorso è *rigettato come infondato* (cfr. *retro*, n. 21, ed oltre, n. 50). È utile avvertire che, nella terminologia della legge e della pratica non sempre è rispettata questa contrapposizione; e che la espressione di infondatezza « si suole riservare ai soli casi in cui il ricorso sia rigettato » perché non sussistono i vizî con esso denunciati, mentre, quando il ricorso è rigettato perché la sentenza non è denunciabile, o perché manca la legittimazione o l'interesse, o perché il ricorso è stato presentato fuori termine, si parla, forse non propriamente, di improponibilità o di inammissibilità del ricorso (192): la qual cosa dal punto di vista pratico non ha grande importanza, dato che nel giudizio di cassazione non esiste praticamente differenza di effetti tra il rigetto nel merito e la *absolutio ab instantia*, in quanto alla dichiarazione di inammissibilità la legge (art. 528, capov. ultimo) ricollega gli stessi effetti che al rigetto per infondatezza (193).

Il procedimento di cassazione, che si inizia con la notificazione del ricorso e si chiude (normalmente) con la sentenza della Corte, ha

---

(191) C. C., 11-IV-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 1356, col. 315).

(192) Cfr. Betti, op. cit., pag. 702.

(193) Betti, op. cit., pag. 116. Cfr. però per alcune pretese diferenze, Chiovenda, *Istit.*, vol. II, pag. 622.

caratteri suoi proprî, che lo distinguono profondamente dal procedimento dettato dalla legge per i giudizî di merito. Sopra tutto è notevole nel processo di cassazione, in armonia con lo scopo schiettamente pubblicistico di questo giudizio, la prevalenza dell'impulso di ufficio all'impulso di parte, per cui non trovano posto in esso istituti processuali proprî dei giudizi di merito, come sarebbero la contumacia o la perenzione; in questo procedimento l'*oralità* ha maggior campo che in quello dinanzi ai giudici di merito (194).

Del procedimento di cassazione daremo qui una descrizione schematica, cercando di metterne in evidenza i capisaldi giuridici, e necessariamente trascurando una folla di questioni pratiche intorno alle quali esiste, nella giurisprudenza della Suprema Corte, una ricchissima casistica (195).

36. — L'atto introduttivo del procedimento di cassazione è un ricorso, cioè una istanza scritta, con cui il ricorrente si rivolge alla Corte (art. 522) per chiederle di pronunciare l'annullamento di una sentenza in base ai motivi di cassazione da lui denunciati. Il ricorso in cassazione (che si presenta come la somma di due atti distinti: l'atto di ricorso, proveniente dall'avvocato mandatario speciale e l'atto di notificazione formato dall'ufficiale giudiziario) (196) non deve contenere citazione alla controparte per comparire in giudizio per una determinata udienza (197) (l'udienza sarà poi fissata dalla stessa Corte, quando saranno decorsi i termini di cui in appresso); ma si distingue altresì da altre forme di ricorso proprie di altri procedimenti (198), perché, mentre corrisponderebbe alla natura del ricorso la immediata presentazione all'Autorità giudiziaria alla quale è diretto, e solo in un momento successivo la comunicazione alla controparte, il ricorso in cassazione, quantunque indirizzato alla Corte, deve essere prima di tutto notificato alla controparte nel termine stabilito (art. 525: e con ciò si considera « proposto » agli effetti dell'art. 518), e solo in un momento successivo (art. 526) è presentato alla Corte alla quale è diretto.

---

(194) CHIOVENDA, *Istit.*, vol. II, pagg. 617 e 618.

(195) Per il procedimento di cassazione, oltreché CHIOVENDA (*Istit.*, vol. II, nn. 416-418 [anche qui fondamentale]; BETTI, op. cit., nn. 211 e 212; ZANZUCCHI, op. cit., nn. 181-188), cfr., sotto l'aspetto puramente pratico, il manuale di LUCARELLI-BARBERA, *Il procedimento nei giudizî civili innanzi alla Corte di cassazione*, Roma, 1933.

(196) CHIOVENDA, *Istit.*, vol. II, pag. 613.

(197) C. C., 20-XII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3696, col. 816); Id., 31-I-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, voce *Cassazione*, n. 211); Id., 2-III-1931 (*Ibid.*, 1931, n. 164); Id., 18-II-1929 (*Ibid.*, n. 90); Id., 6-VII-1927 (*Ibid.*, n. 183).

(198) Cfr. la mia voce *Ricorso*, in *Enc. ital.*

I requisiti formali del ricorso e della sua presentazione sono regolati dagli artt. 521-524, di cui le disposizioni più importanti sono le seguenti.

a) Il ricorso, come atto scritto (199) deve, secondo l'art. 522, contenere: 1°) « l'indicazione del nome e cognome, della residenza e del domicilio della parte ricorrente e di quella contro cui si ricorre » (200) (per la legittimazione a ricorrere, v. *retro*, n. 23; per la capacità processuale, v. oltre, n. 39; per lo *ius postulandi*, v. oltre, n. 39); 2°) « l'esposizione sommaria dei fatti », la quale di solito è contenuta in apposito capo della parte introduttiva del ricorso, ma può anche essere fusa in forma di argomentazioni a sostegno dei motivi di annullamento (201), e può limitarsi ad enunciare le sole circostanze indispensabili per la intelligenza dei motivi (202): la inammissibilità del ricorso, di cui oltre (alla fine di questo n. 36), si ha solo quando vi manchi in modo assoluto ogni accenno ai fatti della causa, sì da ingenerare incertezza sull'oggetto della impugnativa, né basta in tal caso, a supplire a tale deficienza, il rinvio alla narrativa contenuta nella sentenza denunciata (203); 3°) « la data della sentenza impugnata e della notificazione, o la menzione che non fu notificata », requisito, anche questo, da intendersi con una certa larghezza, nel senso che si debba reputar adempiuto quando la indicazione data sia sufficiente a identificare la sentenza impugnata (204); 4°) « i motivi, per i quali si chiede la cassazione e la indicazione degli articoli di legge su cui si fondano »; questo requisito è duplice, in quanto non basta che nel ricorso siano indicati in astratto gli articoli di legge italiana o stra-

---

(199) Il ricorso, come tutti gli atti del giudizio di cassazione, deve esser redatto in carta bollata da lire 18. La irregolarità del bollo non importa la inammissibilità del ricorso, ma la sospensione del giudizio fino alla regolarizzazione: C. C., 7-VIII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3384, col. 755).

(200) È inammissibile il ricorso in cui il nome del ricorrente sia indicato in modo errato, sì da ingenerare incertezza assoluta: C. C., 11-XII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione*, n. 182); se il ricorrente è un ente, non è indispensabile enunciare nel ricorso il nome del rappresentante: *Id.*, 6-II-1928 (*Ibid.*, n. 158).

(201) Giurisprudenza costante: C. C., 14-I-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 106, col. 24); Id., 20-II e 26-VI-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 648, col. 150; n. 2476, col. 556).

(202) C. C., 5-XII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione*, n. 219); Id., 11-VI-1934 (*Ibid.*, n. 217), ecc.

(203) C. C., 25-III-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 1093, col. 254).

(204) C. C., 27-III-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1073, col. 212); Id., 17-V-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 1860, col. 425); Id., 27-XII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione*, n. 215); Id., 12-II-1927 (*Ibid.*, 1927, n. 152); Id., 16-III, 28-IV, 18-VI-1926 (*Ibid.*, 1926, nn. 220, 221, 223, 224).

niera (205) che si denunciano come violati (indicazione che può anche mancare, quando le norme violate risultino ugualmente identificabili dallo svolgimento delle censure o quando la violazione riguardi principî generali non formulati in un articolo; e che in ogni modo non è necessario sia posta, come pure si usa, in epigrafe a capo di ciascun motivo) (206), ma occorre altresì che siano indicate in concreto le singole violazioni di quegli articoli che si denunciano come motivi del ricorso (207), anche se a questa individuazione dei motivi in concreto non segue la illustrazione e la dimostrazione della loro fondatezza (208).

b) Il ricorso: « deve essere sottoscritto da un avvocato ammesso a patrocinare davanti la medesima Corte di cassazione, munito di mandato speciale, per questo oggetto, della parte ricorrente » (209). Per il patrocinio dinanzi alla Corte di cassazione v. oltre, n. 39; il mandato speciale, che dev'essere di data precedente, o almeno contemporanea, a quella della notificazione (anche se posteriore a quella della redazione del ricorso) (210), può farsi o con atto notarile o mediante scrittura privata autenticata (211), ovvero (art. 41 D.L. 26 ottobre 1923, n. 2275) mediante delega in calce al ricorso (212), nella quale la sottoscrizione del mandante è certificata autentica dall'avvocato al quale il mandato viene rilasciato (213). La sottoscrizione

---

(205) C. C., 26-IV-1924 (*Giur. ital.*, 1924, I, 483).

(206) C. C., 27-VI-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 2492, col. 559); Id., 8-VI-1936 (*Ibid.*, 1936, n. 2199, col. 491); Id., 26-VII-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 3049, col. 683); la omessa od erronea indicazione degli articoli violati produce inammissibilità del ricorso solo quando ingeneri assoluta incertezza sulle norme violate: C. C., 5-II e 30-III-1932 (*Rep. Foro ital.*, 1932, voce *Cassazione*, nn. 221 e 222).

(207) È inammissibile il motivo di ricorso dedotto genericamente: C. C., 30-XII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3772, col. 834); Id., 2-V-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, voce *Cassazione*, n. 165); Id., 20-I-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 234, col. 49); Id., 7-IV e 22-IV-1936 (*Ibid.*, nn. 1221 e 1343, coll. 241 e 261). I motivi indicati nel ricorso in forma troppo generica non possono essere validamente specificati nella memoria: C. C., 28-V-1937 (*Mass. Foro ital.*, 1937, n. 1710, col. 381).

(208) C. C., 12-II-1927 (*Rep. Foro ital.*, 1927, voce *Cassazione*, n. 153).

(209) Cfr. per tutte le questioni pratiche sull'argomento, anche sotto l'aspetto fiscale, Lucarelli-Barbera, op. cit., pagg. 26-36.

(210) C. C., 5-IV-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 1271, col. 297); Id., 22-XII-1934 (*Rep. Foro ital., voce Cassazione*, n. 185).

(211) La firma del notaro deve essere legalizzata, ove il notaro non risieda nel distretto notarile di Roma, prima del deposito del ricorso: C. C., 22-VI-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 2418, col. 522). Per il mandato rilasciato all'estero, cfr. C. C., 29-IV-1937 (*Ibid.*, 1937, n. 1348, col. 308).

(212) Per il mandato rilasciato all'estero, questa forma non è ammessa: cfr. Lucarelli-Barbera, op. cit., n. 29; C. C., 20-III-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 1009, col. 233).

(213) Sulla forma dell'autenticazione, cfr. C. C., 19-IV-1937 (*Mass. Foro ital.*, 1937, n. 1161, col. 268).

dell'avvocato nel ricorso importa elezione di domicilio presso di lui (art. 524; art. 289 regol. generale giudiziario). Il mandato speciale non è richiesto per gli avvocati dello Stato (214).

c) Il ricorso deve essere preceduto dal deposito presso l'ufficio del registro di una somma, a titolo di eventuale multa (*poena temeritatis*), dell'ammontare di lire 150 se la sentenza denunciata è del pretore, di lire 300 se è di tribunale, di lire 600 se è di Corte d'appello (art. 521, modificato dalla L. 22 dicembre 1932, n. 1704) (215), di lire 500 se è del Tribunale superiore delle acque pubbliche (art. 203 T.U. 11 dicembre 1933, n. 1775) (216). Sono esenti da deposito i ricorsi nell'interesse dello Stato, quelli delle persone ammesse al gratuito patrocinio (v. oltre, n. 39 in fine); i ricorsi in materia di infortuni sul lavoro, quelli contro le sentenze della Magistratura del lavoro (art. 28 R.D. 21 maggio 1934, n. 1073), contro le sentenze pronunciate nei procedimenti disciplinari a carico dei notai (art. 157 L. 16 febbraio 1913, n. 89), contro le decisioni delle Commissioni arbitrali di cui all'art. 3 R.D. 25 gennaio 1931, n. 36. L'esattore delle imposte nei giudizî dipendenti dai procedimenti esecutivi (217) è esente dal deposito (art. 70 T.U. 17 ottobre 1922, n. 1401). In mancanza di espressa esenzione, il deposito per multa, *nella misura massima*, è sempre richiesto, qualunque sia l'Autorità giurisdizionale (e così le giurisdizioni speciali in base all'art. 3, n. 3, della L. 31 marzo 1877) che ha pronunciato la sentenza denunciata (218).

Si applicano al deposito per cassazione (art. 521, capov. ultimo) le disposizioni dell'art. 500, secondo il quale « quando con un solo atto siano impugnate più sentenze pronunciate nello stesso giudizio, basta un solo deposito » (219); « mediante un solo deposito possono più persone aventi lo stesso interesse » proporre il ricorso in cas-

---

(214) C. C., 26-II-1926 (*Rep. Foro ital.*, 1926, voce *Cassazione*, n. 207) (cfr. art. 1 T.U. approvato con R.D. 30-X-1933, n. 1611).

(215) Cfr. *Relazione* D'Amelio.

(216) Il deposito fatto in somma insufficiente può essere integrato, purché nel termine per la notificazione del ricorso: C. C., 12-XII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione*, n. 130); Id., 31-III-1936 (*Mass. Foro ital.*, n. 1121, col. 220).

(217) C. C., 24-XI-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione*, n. 157); cfr. però: Id., 31-V-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 2071, col. 465).

(218) C. C., 11-I-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 143, col. 28): applicata a decisioni del Consiglio superiore forense, 3-XII-1932 (*Rep. Foro ital.*, 1932, voce *Cassazione*, n. 145).

(219) Cfr. C. C., 10-VIII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione*, n. 132); Id., 3-IV-1936 (interlocutoria e definitiva) (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1159, col. 228); Id., 15-IV-1936 (*Ibid.*, n. 1274, col. 249).

sazione « purché con un solo atto », e purché i motivi di ricorso siano comuni a tutti i ricorrenti (220).

Basta un solo deposito nel caso di ricorso proposto da un solo ricorrente contro più resistenti, anche se per motivi diversi (221).

d) Il ricorso, nel termine di cui oltre, lettera *e*), dev'essere notificato all'altra parte nella forma delle citazioni (art. 525), mediante rilascio di una copia del ricorso, con relazione scritta e sottoscritta dall'ufficiale giudiziario. Poiché l'art. 523, capoverso, dispone che « al ricorso devono essere *annessi*: il mandato per l'avvocato che ha sottoscritto il ricorso; il certificato di deposito, o il decreto di ammissione al benefizio dei poveri; la copia della sentenza impugnata, autenticata dal cancelliere; gli atti e i documenti sui quali il ricorso è fondato; l'elenco delle carte che si presentano dalla parte ricorrente », si usa in pratica indicare nello stesso ricorso (e nella copia da notificare) tutti gli atti e documenti sopra ricordati, menzionandone con precisione gli estremi, ed anche trascrivere testualmente il certificato di deposito. Ma tale menzione non è a pena di inammissibilità (222): bastando che all'atto della notificazione sia comunicato alla parte intimata il solo certificato di deposito (223) (anche se non trascritto nel ricorso) e che tutti gli altri atti e documenti siano presentati in cancelleria, nel termine di cui oltre, lettera *f*). Nella copia notificata non occorre che sia autografa la firma dell'avvocato (224), né che vi sia trascritta la delega del ricorrente (225); né è richiesto, a pena di nullità, che vi sia inserito l'elenco delle carte annesse (226).

La notificazione del ricorso, oltre che alla residenza o domicilio reale della parte intimata (227), può esser fatta, per recente giurisprudenza ormai costante, anche al domicilio eletto dal resistente nel

---

(220) C. C., 24-I-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 295, col. 60); Id., 19-II-1936 (*Ibid.*, n. 586, col. 122). Giurisprudenza costante: cfr. ZANZUCCHI, op. cit., pag. 544; CHIOVENDA, op. cit., pag. 611.

(221) Giurisprudenza costante: cfr. per ultimo, C. C., 25-VI-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 2471, col. 554). Per altre questioni casistiche, cfr. LUCARELLI-BARBERA, op. cit., pagg. 37-46. Sulla irregolarità fiscale del ricorso proposto con unico atto da più ricorrenti non aventi comunanza di interesse, cfr. C. C., 3-II-1937 (*Foro ital.*, 1937, I, 1235).

(222) C. C., 5-III-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 762, col. 155).

(223) C. C., 22-II-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 677, col. 157).

(224) C. C., 28-IV-1927 (*Rep. Foro ital.*, 1927, voce *Cassazione*, n. 140); Id., 17-VI-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 2330, col. 522).

(225) C. C., 10-VII-1934 (*Giur. ital.*, 1935, I, 58); Id., 13-I-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 86, col. 18).

(226) Giurisprudenza costante: C. C., 30-I-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 359, col. 74).

(227) C. C., 28-VI-1928 (*Rep. Foro ital.*, voce *Cassazione*, n. 193).

giudizio di merito (228), o nella notificazione della sentenza impugnata (229). La notificazione può essere fatta anche per pubblici proclami (230); o per mezzo del servizio postale, nel qual caso deve avvenire nel termine non solo l'arrivo del piego all'ufficio postale del luogo di residenza dell'intimato, ma l'effettiva consegna a quest'ultimo (231). Si applicano alla notificazione del ricorso le disposizioni dell'art. 145, capov. ultimo, c.p.c., e dell'art. 190 (232) (cfr. art. 525, capov. ultimo, e 531, capov. ultimo). I ricorsi in cassazione contro le amministrazioni dello Stato si notificano presso l'Avvocatura generale dello Stato in Roma (art. 11 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611) (233).

e) La notificazione del ricorso deve avvenire, secondo l'art. 525, « nel termine stabilito per ricorrere »; che, per l'art. 518, è di giorni 90, e, per coloro che abitano fuori dell'Europa, di giorni 180 (234). Termini minori sono stabiliti da leggi speciali: 30 giorni per ricorrere contro le decisioni disciplinari a carico dei notari (art. 156 L. 16 febbraio 1913, n. 89), contro quelle della Commissione centrale per gli avvocati e procuratori (art. 56 D.L. 27 novembre 1933, n. 1578), della Magistratura del lavoro (art. 28 R.D. 21 maggio 1934, n. 1073); della Corte d'appello in materia di assicurazioni sociali (infortuni sul lavoro: D.L. 17 agosto 1935, n. 1765, art. 56; invalidità e vecchiaia: D.L. 4 ottobre 1935, n. 1827, art. 105); 45 giorni contro le decisioni del Tribunale superiore delle acque pubbliche (art. 202, capov. ultimo, T.U. 11 dicembre 1933, n. 1775) e contro quelle della Corte d'appello di Roma in materia di usi civici (L. 10 luglio 1930, n. 1078, art. 8), e delle Commissioni arbitrali di cui all'art. 1 R.D. 25 gennaio 1931, n. 36.

« Il termine decorre (anche contro la parte notificante) (235) dalla notificazione della sentenza a norma degli artt. 367, 396 e 437 »; decorre ugualmente dalla notificazione fatta al domicilio reale, purché

---

(228) C. C., 29-I-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 343, col. 75). Cfr. in questo senso: CHIOVENDA, *Istit.*, pag. 612; DELLA FONTANA, in *Temi emil.*, 1927, I, 475 e segg.

(229) C. C., 5-III-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione*, n. 251).

(230) Sulle formalità di questa forma di notificazione: C. C., 2-VIII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3172, col. 707).

(231) C. C., 22-V-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione*, n. 261).

(232) Applicazioni: C. C., 26-VII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3038, col. 680); Id., 12-VI-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 2254, col. 505); Id., 17-V-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 1878, col. 429); Id., 2-III-1936 (*Ibid.*, 1936, n. 715, col. 144); CHIOVENDA, *Istit.*, vol. II, pag. 613; LUCARELLI-BARBERA, op. cit., cap. VI.

(233) C. C., 26-II-1937 (*Giur. ital.*, 1937, I, 410) con nota di MENESTRINA; Id., 27-IV-1937 (*Ibid.*, 1937, I, 796).

(234) Cfr. C. C., 21-XII-1931 (*Rep. Foro ital.*, voce *Cassazione*, nn. 100 e 101).

(235) C. C., 26-VII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3015, col. 676).

in mani proprie dell'interessato (236). Se siano state fatte in giorni diversi due notificazioni ugualmente valide a far decorrere il termine, questo decorre dalla prima (237). Il termine per ricorrere in cassazione contro sentenza dichiarativa di fallimento decorre dalla pubblicazione (238): quello contro le sentenze del Tribunale superiore delle acque pubbliche, dalla notificazione del dispositivo (art. 183 T.U. 11 dicembre 1933, n. 1775). Se si tratti di sentenza contumaciale (art. 518, capov.) il termine decorre dalla scadenza di quello stabilito per fare opposizione (art. 476) (239).

Per la decorrenza del termine non si ammettono equipollenti in luogo della regolare notificazione (240); per altro è valido l'accordo con cui le parti fissano ad una certa data l'inizio della decorrenza del termine per ricorrere, indipendentemente dalla notificazione (241). Il ricorso è in ogni caso proponibile anche contro sentenza non ancora notificata, e quindi prima che si sia iniziata la decorrenza del termine (242).

f) Secondo l'art. 526, il ricorso, « coi documenti annessi e coll'atto originale di notificazione », deve essere consegnato alla cancelleria della Corte (con le modalità stabilite dall'art. 527) nel termine perentorio di giorni 30 (che può essere abbreviato nei casi d'urgenza, art. 532) decorrente dalla notificazione del ricorso; « quando le persone cui fu notificato il ricorso siano più, il termine comincia a decorrere soltanto dal giorno in cui fu eseguita l'ultima notificazione » (243). La presentazione del ricorso, anziché alla cancelleria della Corte di cassazione può esser fatta, per l'art. 4 del R.D. 7 giugno 1923, n. 1244, alla cancelleria dell'Autorità che pronunciò la sentenza impugnata, purché però la presentazione sia fatta 10 giorni prima che spiri il termine prescritto dall'art. 526, cioè entro il ventesimo giorno dalla notificazione (244). I documenti che devono essere annessi al ricorso e presentati con esso (245) sono, per l'art. 528, il certificato di deposito

---

(236) C. C., 27-I-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 311, col. 65).

(237) C. C., 21-II-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 665, col. 154); Id., 8-V-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 1704, col. 392).

(238) C. C., 24-III-1930 (*Rep. Foro ital.*, 1930, voce *Cassazione*, n. 82).

(239) C. C., 10-II-1930 (*Giur. ital.*, 1930, I, 447).

(240) C. C., 17-II-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 549, col. 115).

(241) C. C., 16-II-1931 (*Foro ital.*, 1931, I, 752).

(242) C. C., 27-II-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, voce *Cassazione*, n. 24).

(243) Cfr. LUCARELLI-BARBERA, op. cit., cap. VIII.

(244) C. C., 2-III-1931 (*Rep. Foro ital.*, 1931, n. 225); Id., 22-I-1930 (*Ibid.*, 1930, n. 195); Id., 23-II-1933 (*Ibid.*, 1933, voce *Cassazione*, n. 233).

(245) Secondo le norme emanate dalla Prima Presidenza della Corte di cassazione (cfr. in *Appendice* a LUCARELLI-BARBERA) la consegna del ricorso deve essere accompagnata dal deposito di carta bollata e dalla corresponsione di tassa

o il decreto di ammissione al beneficio dei poveri, la copia autentica della sentenza impugnata « e gli altri documenti necessarî », cioè indispensabili affinché la Corte possa rendersi conto delle questioni prospettate nel ricorso e compiere il loro esame (246); la giurisprudenza della Corte segue anche su questo punto criteri abbastanza larghi, nel senso che la sanzione di inammissibilità del ricorso per mancata allegazione di documenti è pronunciata solo quando la produzione dei medesimi sembri alla Corte indispensabile per conoscere della fondatezza dei motivi del ricorso, e perfino nel caso di mancato deposito, da parte del ricorrente, della copia autentica della sentenza impugnata, si è ritenuto che tale mancanza possa esser sanata dalla esibizione di tale sentenza fatta dal controricorrente (247).

Se il ricorso non sia stato redatto (lettera *a*), sottoscritto (lettera *b*), notificato (lettera *d*), depositato (lettera *f*) nei termini (lettere *e*, *f*) e nelle forme (lettera *a*) stabilite, o se non sia stato accompagnato dagli atti e documenti necessarî (lettere *c*, *f*), sarà dichiarato « non ammissibile » (cfr. oltre, n. 50): la dichiarazione di inammissibilità ha gli stessi effetti del rigetto per infondatezza (248), perché, anche se il termine per ricorrere non è ancora decorso (per es., perché il primo ricorso è stato presentato senza che la sentenza denunciata fosse stata notificata) la parte non può più riproporlo (art. 528). Prima che la inammissibilità del primo ricorso sia stata pronunciata dalla Corte, può però esser validamente proposto un nuovo ricorso nei casi di cui al numero seguente, lettera *a*).

Speciali motivi di inammissibilità, in relazione allo speciale procedimento, si hanno per il ricorso alle sezioni unite contro le decisioni della Commissione centrale avvocati e procuratori (249).

Si deve rilevare con compiacimento che in tutta questa materia dei motivi di inammissibilità formale del ricorso, che la sottigliezza dei litiganti ha arricchito di questioni inspirate spesso ad un bizantinismo processuale ad oltranza (si è discusso quale sia il punto preciso del ricorso in cui deve essere apposta la firma dell'avvocato, e quali parole deve precisamente adoprare il ricorrente per conferirgli il man-

---

di bollo e diritti di chiamata; nonché dal deposito di due copie in carta libera del ricorso e della sentenza denunciata (artt. 222 e 299 regolamento generale giudiziario).

(246) C. C., 22-II-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 680, col. 158); Id., 24-VI-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 2440, col. 546); se si denuncia una sentenza della Magistratura del lavoro per violazione di un contratto collettivo, questo deve essere allegato a pena di inammissibilità: C. C., 19-V-1936 (*Ibid.*, 1936, n. 1718, col. 334).

(247) C. C., 5-VII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione*, n. 237).

(248) C. C., 15-II-1927 (*Rep. Foro ital.*, 1927, voce *Cassazione civile*, n. 222).

(249) C. C., 30-IV-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1446, col. 282).

dato!) (250), la giurisprudenza della Cassazione mostra costantemente la tendenza a ridurre le esigenze di forma al minimo indispensabile, e a stroncare i formalismi. La Cassazione ha anche adottato il principio che quando la inammissibilità possa riferirsi soltanto a qualcuno dei motivi del ricorso (per es., mancata produzione di un documento che serve ad illustrare uno solo fra i motivi del ricorso; mancata indicazione delle norme violate relative ad un solo motivo, ecc.) (251) il ricorso rimane ammissibile per i motivi restanti.

37. — Accanto al ricorso di cui finora si è parlato (che, in contrapposizione alle altre forme di cui ora parleremo, si può denominare ricorso *principale*), la legge (lettera *c*) o la pratica (lettere *a*, *b*, *d*) conoscono altre forme di ricorso, che sono le seguenti:

a) Ricorso *rinnovato*: può aversi quando, essendo il primo ricorso viziato da qualche irregolarità o non essendo stato depositato in cancelleria nel termine, il ricorrente, purché non sia ancora decorso il termine per ricorrere (252) e purché la Corte non abbia ancora pronunciato sul primo, notifichi e tempestivamente depositi un nuovo ricorso che riproduca il primo, correggendone le irregolarità (253). In tal caso, per il secondo ricorso (che sarà portato in udienza insieme col primo) varrà il deposito per multa già eseguito per il primo (254), al quale non occorre rinunciare (255).

b) Ricorso *aggiunto*: può aversi quando, pur essendo valido e regolare il primo ricorso, il ricorrente, prima che sia decorso il termine per ricorrere e prima che la Corte abbia deciso sul primo, provveda a notificare un secondo ricorso contro la stessa sentenza, per proporre nuovi motivi di impugnativa non denunciati nel primo (256). Valgono, per questa forma di ricorso, le regole poste *sub a*).

c) Ricorso *adesivo*: le persone che, essendo state parti nel giudizio di merito, abbiano comune col ricorrente l'interesse ad impu-

---

(250) Cfr. per es., C. C., 6-VII-1937 (*Mass. Foro ital.*, 1937, n. 2314, col. 510).

(251) C. C., 9-VIII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, n. 245); Id. 25-VI-1926 (*Ibid.*, 1926, n. 26).

(252) C. C., 7-VIII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3344, col. 747).

(253) C. C., 10-III-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione civile*, n. 280); Id., 26-VII-1933 (*Ibid.*, 1933, n. 190); Id., 6-IV-1932 (*Ibid.*, 1932, n. 266).

(254) C. C., 9-VIII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione civile*, n. 118); Id., 30-VI-1933 (*Ibid.*, 1933, n. 191); Id., 5-VI-1931 (*Ibid.*, 1931, nn. 217 e 218). Cfr. LUCARELLI-BARBERA, op. cit., cap. IX.

(255) C. C., 7-VIII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3344, col. 747).

(256) C. C., 14-I-1925 (*Foro ital.*, 1925, voce *Cassazione civile*, n. 13); Id., 9-VII-1931 (*Ibid.*, 1931, n. 98).

gnare la sentenza (art. 470) (257) e per le quali tale sentenza non fosse ancora passata in giudicato nel giorno in cui è stato notificato il ricorso principale (258), possono fare adesione a tale ricorso, mediante ricorso adesivo, redatto nei modi e nelle forme stabilite per il ricorso principale (compreso il deposito per multa) (259) e notificato all'avvocato del ricorrente ed alle parti contrarie nel termine perentorio (260) di 30 giorni, decorrenti dalla notificazione del ricorso principale. Il deposito in cancelleria deve avvenire nei 20 giorni dalla notificazione (art. 529). Il ricorso adesivo, avendo carattere accessorio al principale, può rimettersi a questo per la narrazione dei fatti (261) e non può denunciare motivi diversi da quelli in questo contenuti (262); se il ricorso principale è dichiarato inammissibile, cade con ciò anche il ricorso adesivo (263).

d) Ricorso *condizionato*: è questa una forma di ricorso principale che la pratica ha escogitato (264) per supplire alla mancanza nel nostro diritto del ricorso *incidentale* (265), ed alla natura strettamente *difensiva* del controricorso (v. oltre, n. 38) (266). Nel caso di soccombenza reciproca su capi diversi della sentenza, può darsi che tutt'e due le parti propongano contemporaneamente e incondizionatamente ricorso principale, ciascuna per impugnare i capi ad essa sfavorevoli. Ma può darsi altresì che una parte sia disposta ad accettare la sentenza nei capi ad essa sfavorevoli, a condizione che l'altra parte non impugni (o che l'impugnativa non sia accolta) i capi sfavorevoli a lei: in tale ipotesi la parte a cui sia stato notificato, o in previsione che possa esserle notificato (267), il ricorso principale avversario, può, nei termini (268) e nelle forme stabilite per la presentazione del ricorso prin-

---

(257) C. C., 13-XII-1930 (*Rep. Foro ital.*, 1930, voce *Cassazione*, n. 205); Id., 27-VII-1929 (*Ibid.*, 1929, n. 116).

(258) C. C., 3-V-1926 (*Rep. Foro ital.*, 1926, voce *Cassazione*, n. 277).

(259) C. C., 19-V-1930 (*Rep. Foro ital.*, 1930, voce *Cassazione*, n. 206); Id., 5-VII-1930 (*Ibid.*, 1930, n. 207).

(260) C. C., 22-VII-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, n. 232).

(261) C. C., 22-VII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 2884, col. 650).

(262) C. C., 18-I-1930 (*Rep. Foro ital.*, 1930, voce *Cassazione*, n. 204).

(263) C. C., 7-VIII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3370, col. 752).

(264) C. C., 19-I-1932 (*Rep. Foro ital.*, 1932, voce *Cassazione*, n. 72); Id., 28-I-1932 (*Ibid.*, 1933, voce *Cassazione*, nn. 76-78).

(265) C. C., 18-I-1937 (*Mass. Foro ital.*, 1937, n. 129, col. 31); cfr. progetto Redenti, art. 696; progetto Solmi, art. 375.

(266) C. C., 25-VII-1932 (*Rep. Foro ital.*, 1932, voce *Cassazione*, n. 73).

(267) C. C., 6-V-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, voce *Cassazione*, nn. 51 e 52).

(268) Se la sentenza non è stata notificata, il termine per interporre il ricorso condizionato non decorre né dalla notificazione del ricorso principale, né dal deposito in cancelleria: C. C., 28-VII-1930 (*Rep. Foro ital.*, 1930, voce *Cassazione*, n. 87).

cipale, proporre a sua volta ricorso *condizionato*, per chiedere che, se il ricorso avversario sarà accolto per i capi denunciati, la Corte annulli anche quei capi della sentenza che sono sfavorevoli al resistente (269). La pratica però si serve del ricorso condizionato, non solo nel caso di soccombenza parziale, ma anche quando la parte rimasta totalmente vittoriosa in appello per l'accoglimento di una parte delle sue eccezioni, voglia cautelarsi contro il pericolo di vedersi preclusa in sede di rinvio, nel caso che il ricorso proposto dal soccombente sia accolto, la facoltà di riproporre le altre eccezioni che il giudice di appello respinse (270).

Se, proposto e depositato il ricorso condizionato, non viene depositato quello principale, il primo è dichiarato inammissibile (271).

38. — La parte a cui è notificato il ricorso (per la ispezione e comunicazione delle carte annesse al medesimo, cfr. art. 530 e art. 531, capov. penultimo; art. 533) può tenere diversi atteggiamenti:

a) Può, in quanto sia ancora in termine, proporre a sua volta *ricorso principale*, condizionato o incondizionato (n. 37, lettera *d*).

b) Può far notificare, nel termine di giorni 30 decorrente da quello della presentazione del ricorso in cancelleria (abbreviazione in caso d'urgenza, art. 532), un *controricorso* (art. 531), il quale, coi documenti annessi (di cui l'avvocato del ricorrente potrà prendere comunicazione a termini dell'art. 533), dev'essere presentato alla cancelleria della Cassazione nei 5 giorni successivi alla notificazione. Sono applicabili al controricorso le disposizioni degli artt. 522 (sottoscrizione e mandato speciale dell'avvocato), 524 (elezione di domicilio), 527 (modalità della presentazione in cancelleria). Ma i termini sopra indicati non hanno carattere perentorio (272). Se il controricorrente non abbia depositato insieme col controricorso gli atti e documenti del giudizio di merito, il deposito di atti e documenti potrà farsi, per giustificati motivi e con notificazione alla controparte, anche dopo il termine stabilito, ma soltanto prima del giorno in cui gli atti del ricorso siano

---

(269) C. C., 7-VIII-1934 (*Giur. ital.*, 1935, I, 46).

(270) Sulla necessità, ed anche sulla proponibilità, del ricorso condizionato in questo caso, la giurisprudenza è divisa: in senso affermativo: C. C., 24-IV-1932 (*Rep. Foro ital.*, 1932, voce *Cassazione*, n. 12); in senso negativo (per difetto di soccombenza e di interesse): Id., 15-XII-1932 (*Ibid.*, 1933, nn. 74 e 75). Cfr. CHIOVENDA, op. cit., pag. 608.

(271) C. C., 13-II-1925 (*Rep. Foro ital.*, 1925, voce *Cassazione*, nn. 16-19).

(272) CHIOVENDA, *Istit.*, vol. II, pag. 616; LUCARELLI-BARBERA, op. cit., n. 70; C. C., 7-III-1928 (*Rep. Foro ital.*, 1928, voce *Cassazione*, n. 223); Id., 26-I-1934 (*Ibid.*, 1934, nn. 284-286); Id., 30-VII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3129, col. 699).

stati inviati al P. M. (v. oltre, n. 39); ed anche successivamente saranno ricevuti documenti relativi a fatti sopravvenuti che possano avere decisiva importanza per la causa (avvertenze della Pr. Pres., art. 2). Il controricorso ha carattere puramente difensivo, nel senso che con esso il controricorrente può soltanto eccepire gli eventuali motivi di inammissibilità del ricorso, e dimostrare la infondatezza delle censure proposte dal ricorrente, senza poterne proporre altre che mirino a contrattaccare la sentenza su altri punti non denunciati nel ricorso (273). Con la presentazione del controricorso si sanano le nullità di notificazione del ricorso (art. 531, capov. ultimo) (274): ed il controricorrente acquisisce il diritto al rimborso delle spese ed al risarcimento dei danni cagionati dal ricorso (art. 550, capoverso) (275).

c) Può, in mancanza di controricorso, limitarsi a depositare in cancelleria il mandato dell'avvocato incaricato di difenderla all'udienza, nonché memorie scritte per confutare il ricorso (ma non per sollevare contro di esso eccezioni non rilevabili d'ufficio, ad esempio quella d'acquiescenza, che possono essere proposte solo col controricorso) (276) nel termine di 3 giorni liberi prima di quello stabilito per la discussione (avvertenze della Pr. Pres., artt. 3, 6, 7).

d) E può finalmente astenersi del tutto dal comparire, senza che con questo lo svolgimento e l'esaurimento del processo di cassazione sia comunque ostacolato o modificato (277).

39. — Nel giudizio di cassazione, di fronte alla parte o alle parti che propongono il ricorso (*ricorrente*), le parti contro le quali il ricorso è proposto assumono nella pratica diverse denominazioni, secondo l'atteggiamento che esse assumono: la parte alla quale il ricorso è notificato dicesi, solo per questo, *intimata*; se presenta controricorso, dicesi *controricorrente*; se si limita a difendersi in udienza, *resistente*.

Nel giudizio di cassazione interviene obbligatoriamente il P. M. (al quale il ricorso e le carte annesse sono comunicate nel termine stabilito dall'art. 291 regol. generale giudiziario), che conclude in udienza (art. 538): ciò indipendentemente dai casi in cui il P. M. è stato parte nella causa di merito, e in tal qualità figura come ricorrente o come resistente nel giudizio di cassazione, o dal caso in cui il P. M. ricorre nell'interesse della legge (art. 519).

---

(273) C. C., 14-I-1933 (*Foro ital.*, 1933, I, 272).

(274) C. C., 10-I-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione*, n. 287).

(275) C. C., 4-V-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1498, col. 291).

(276) C. C., 26-IV-1932 (*Rep. Foro ital.*, 1932, voce *Cassazione*, nn. 283-285 (in senso contrario); Id., 7-VII-1928 (*Ibid.*, 1928, nn. 219-221).

(277) Chiovenda, *Istit.*, vol. II, pag. 616.

Se nel giudizio di merito vi fu una pluralità di parti vincitrici interessate ad opporsi alla domanda di annullamento della sentenza, il ricorso in cassazione dev'essere notificato a tutte; in mancanza di che, bastando per l'ammissibilità del ricorso che questo sia notificato nel termine almeno ad una delle parti interessate a resistere (278), la Corte ordinerà, mediante sentenza (279), che il giudizio sia integrato con le altre parti (280) e se la integrazione non avverrà, a cura del ricorrente (281), nel termine che la Corte abbia stabilito (282), il ricorso sarà dichiarato inammissibile (283). La giurisprudenza ritiene che la Corte di cassazione possa ordinare la integrazione del giudizio anche di fronte a persone che hanno interesse coincidente con quello del ricorrente, per evitare che le medesime possano proporre successivamente un distinto ricorso per cassazione (284).

Per la capacità processuale, per la rappresentanza volontaria, e per la rappresentanza o assistenza legale degli incapaci e delle persone giuridiche, valgono le regole generali. Il mandato speciale a ricorrere in cassazione può esser conferito all'avvocato, oltreché dal ricorrente, anche da un suo mandatario generale *ad negotia*, autorizzato a rappresentare il mandante in qualunque grado di giurisdizione (285). Le autorizzazioni a promuovere un giudizio o a resistervi valgono anche per il giudizio di cassazione (286); e si ritiene che, salvo prova contraria da darsi dal resistente, la rappresentanza del giudizio di merito rimanga immutata (287). Per la documentazione relativa alla capacità processuale della parte ricorrente, la giurisprudenza della Suprema Corte è in generale nel senso di ammettere che non sia necessario

---

(278) C. C., 2-VIII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3179, col. 708).

(279) Avv. Pr. Pres., art. 15.

(280) Purché al momento in cui il ricorso fu notificato alla parte intimata, il termine per ricorrere fosse ancora aperto nei confronti degli altri soggetti: C. C., 27-I-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 319, col. 66); Id., 26-VII-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 3015, col. 676). Per la forma dell'atto di integrazione, cfr. C. C., 8-III-1932 (*Rep. Foro ital.*, 1932, n. 264).

(281) C. C., 9-XII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3593, 3594, col. 796); Id., 26-XI-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 3531, col. 786).

(282) C. C., 4-XII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione*, n. 270).

(283) C. C., 28-VII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione*, nn. 264-266).

(284) C. C., 3-IV-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1157, col. 228); Id., 26-II-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 742, col. 172).

(285) Giurisprudenza costante. Cfr. per ultimo: C. C., 15-V-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1659, col. 322); Id., 18-VII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione*, n. 15) (non da un mandatario speciale: Id., 3-VII-1933 [*Giur. tor.*, 1933, 1032]).

(286) C. C., 14-XII-1925 (*Rep. Foro ital.*, 1925, voce *Corpo morale*, n. 6); Id., 21-V-1926 (*Ibid.*, 1926, voce *Cassazione*, n. 7).

(287) C. C., 8-V-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, n. 208).

allegarla al ricorso, e che possa esser prodotta anche successivamente, prima della discussione (288). La capacità a ricorrere in cassazione per controversie fallimentari spetta esclusivamente al curatore, purché autorizzato dal giudice delegato (289), non al fallito, che può ricorrere soltanto per una controversia concernente un suo diritto personale (290); ma la dichiarazione di fallimento del ricorrente, intervenuta dopo la regolare proposizione del ricorso, non preclude l'esame del medesimo da parte della Corte Suprema (291).

Questa massima ci rimanda al principio che nel giudizio di Cassazione non trovano applicazione le norme dettate dagli artt. 332 e segg. circa la riassunzione di istanza, sicché, una volta costituito il rapporto processuale con la notificazione e deposito del ricorso in cancelleria, esso non resta interrotto né dalla morte né dal cambiamento di stato delle parti (292). Il ricorso sarà inammissibile, se la

---

(288) C. C., 21-I-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 263, col. 56); Id., 27-VII-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 3106, col. 695); Id., 5-XII-1927 (*Rep. Foro ital.*, 1927, voce *Cassazione*, n. 164) (mandato generale *ad negotia*; però in senso contrario: C. C., 27-VII-1928 [*Ibid.*, 1928, n. 171]); Id., 19-VI-1933 (*Ibid.*, 1933, n. 135) (deliberazione del Consiglio di amministrazione che autorizza il presidente a stare in giudizio); Id., 10-VIII-1934 (*Ibid.*, 1934, nn. 28-30) (autorizzazione governativa al rappresentante di un beneficio ecclesiastico); e in genere: C. C., 18-V-1932 (*Ibid.*, 1932, nn. 225 e 226). Casi controversi in tema di capacità processuale: C. C., 27-VII-1928 (*Mass. Foro ital.*, 1928, voce *Cassazione*, n. 4) (non occorre autorizzazione del tribunale per il genitore che ricorre nell'interesse del figlio minorenne); Id., 12-I-1926 (*Ibid.*, 1926, n. 184) (curatore speciale dell'incapace); Id., 13-VI-1924 (curatore del presunto assente) (*Rep. Foro ital.*, 1924, voce *Assenza*, n. 3); Id., 12-II-1934 (*Giur. ital.*, 1934, 365) (procuratore generale di un inabilitato); Id., 21-XII-1934 (*Ibid.*, 1935, 85) (sordomuto dalla nascita); Id., 22-XII-1924 (*Ibid.*, 1925, I, 163) (inabilitando).

(289) C. C., 16-III e 15-V-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione*, nn. 25 e 26); Id., 8-VI-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 2197, col. 491).

(290) C. C., 27-VII-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, voce *Cassazione*, n. 20); Id., 20-XII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3762, col. 831). Questa incapacità del fallito decorre dalla data della sentenza dichiarativa, non dalla sua affissione: Id., 7-VIII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Fallimento*, nn. 207-208). *Contra*: Id., 26-VI-1933 (*Ibid.*, voce *Cassazione*, nn. 17 e 18). Una sentenza del 26-VII-1934 (*Ibid.*, voce *Cassazione*, n. 24) ritiene che il ricorso proposto irritualmente dal fallito possa « esser fatto suo » dal curatore.

(291) C. C., 10-VII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 2690, col. 610); Id., 25-VII-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, voce *Cassazione*, n. 19).

(292) C. C., 26-VII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3033, col. 678); Id., 20-III-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, n. 21); per altro, se la morte del ricorrente o dell'intimato avvenuta durante il giudizio di cassazione, avrà fatto venir meno la materia del contendere, la Cassazione potrà tenerne conto nel decidere il merito del ricorso: Id., 27-I-1933 (*Ibid.*, 1933, n. 22); Id., 30-VI-1927 (*Ibid.*, 1927, n. 33). *Contra*: Id., 18-XII-1929 (*Ibid.*, 1929, nn. 18 e 19).

persona, contro la quale è proposto, era già morta al momento della notificazione; né tale inammissibilità è sanata dal controricorso degli eredi (293).

La rappresentanza e la difesa delle parti, nel giudizio di cassazione, dev'essere affidata a un avvocato ammesso a patrocinare davanti la Corte di cassazione (art. 522) ossia iscritto in quell'albo speciale, di cui agli artt. 33-34 del D.L. 27 novembre 1933, n. 1578: i requisiti per la iscrizione in tale albo sono stati recentemente modificati dalla L. 28 maggio 1936, n. 1003, e dal R.D. 9 luglio 1936, n. 1482. L'iscrizione su tale albo speciale dell'avvocato che ha sottoscritto il ricorso, è richiesta a pena di inammissibilità del ricorso medesimo; e anche l'avvocato che difende una causa propria non può sottoscrivere e difendere il ricorso nel proprio interesse, se non sia ammesso a patrocinare in cassazione (294), a meno che si tratti di ricorso alle sezioni unite contro la Commissione centrale per gli avvocati e procuratori, che può esser sottoscritto dallo stesso ricorrente, anche se non sia iscritto sull'albo speciale (295).

Per l'ammissione delle parti al gratuito patrocinio nei giudizi di cassazione, cfr. gli artt. 9 e 10 della L. 30 dicembre 1923, n. 3282, che ha istituito presso la Corte di cassazione una apposita Commissione, pur dando facoltà di provvedere, nei casi urgenti, alla Commissione della Corte d'appello da cui fu pronunciata la sentenza impugnata (296).

40. — A decidere sui ricorsi in cassazione è sempre competente la Corte di cassazione (art. 88); né, dopo la unificazione della Cassazione, possono sorgere oggi questioni di competenza territoriale tra le Corti di cassazione regionali.

Può sorgere però una questione, che si può considerare come di competenza funzionale (297), quando sia dubbio se il ricorso in cassazione appartenga alla cognizione della sezione semplice, ovvero a quella delle sezioni unite, nei casi stabiliti dalla legge (art. 547; art. 3 L. 31 marzo 1877, n. 3761; art. 56 D.L. 27 novembre 1933, n. 1578; ecc.) (298). In proposito sono da tener presenti due principî:

---

(293) C. C., 4-V-1931 (*Rep. Foro ital.*, 1931, nn. 220 e 221); Id., 4-IV-1930 (*Ibid.*, 1930, nn. 176 e 177).

(294) C. C., 13-V-1931 (*Rep. Foro ital.*, 1931, n. 156); Id., 8-V-1933 (*Ibid.*, 1933, n. 128).

(295) C. C., 5-VIII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3213, col. 717).

(296) Cfr. in proposito Lucarelli-Barbera, op. cit., cap. XXII.

(297) Secondo il Chiovenda, *Istituz.*, vol. II, pag. 85, le questioni sulla ripartizione delle cause fra le sezioni di uno stesso organo non sono questioni di competenza.

(298) La cognizione delle sezioni unite ha carattere eccezionale, sicché nel

1°) che, trattandosi di rapporti non già tra due diversi organi, ma tra diverse sezioni o raggruppamenti di sezioni di un solo organo, basta, affinché il ricorso sia ammissibile, che esso sia diretto in genere alla Corte di cassazione (299), né è motivo di inammissibilità il fatto che un ricorso appartenente alla cognizione delle sezioni unite sia indirizzato alla sezione semplice, o viceversa, poiché la distribuzione dei ricorsi tra le varie sezioni è affare d'ordine interno, che vien regolato d'ufficio (300);

2°) che, se dinanzi alla sezione semplice viene eccepito, od anche semplicemente si solleva il dubbio, che il ricorso sia di competenza delle sezioni unite, il ricorso deve senz'altro essere rinviato a queste affinché decidano sulla questione di competenza, essendo le sezioni semplici (cfr. art. 7, capov., del R.D. 23 dicembre 1875, n. 2852; e art. 548 c.p.p.) sprovviste di competenza a decidere sulla propria competenza (301): se le sezioni unite decidono che il ricorso sia di competenza della sezione semplice, nella stessa data vengono decise con separata sentenza la questione di competenza dalle sezioni unite e quella di merito dalla sezione semplice (302).

Prima della unificazione della Cassazione si faceva questione se, contro la decisione di una Cassazione territoriale che avesse deciso su materia spettante alle sezioni unite, si potesse interporre ricorso per incompetenza alle stesse sezioni unite; e la questione fu risolta negativamente, pur ritenendosi che tale decisione fosse in sé viziata da nullità assoluta (303). Dopo l'unificazione, tale giurisprudenza è stata confermata (304).

---

dubbio, si deve ritenere la competenza normale a sezione semplice: C. C., 18-I-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, nn. 253 e 254).

(299) C. C., 22-VI-1926 (*Rep. Foro ital.*, 1926, n. 209).

(300) C. C., 10-III-1925 (*Rep. Foro ital.*, 1925, n. 7); Id., 1°-VII-1927 (*Ibid.*, 1927, n. 241); Id., 23-VII-1930 (*Ibid.*, 1930, n. 162); Id., 2-III-1931 (*Ibid.*, 1931, n. 185); Id., 18-VI-1931 (*Ibid.*, 1931, n. 163).

(301) Chiovenda, *Istituz.*, vol. II, pagg. 134 e 619; C. C., 27-VII-1931 (*Rep. Foro ital.*, 1931, nn. 45 e 46). Poiché, per rendere necessario il rinvio alle sezioni unite, basta sollevare dinanzi alla sezione civile il semplice dubbio di incompetenza, è accaduto che ricorrenti senza scrupoli si siano serviti di questa eccezione a scopo di espediente dilatorio di immancabile esito: a tale abuso però la Corte di cassazione ha reagito decidendo (ma non si intende con quale fondamento giuridico) che il rinvio alle sezioni unite non dev'essere disposto, quando la eccezione di incompetenza della sezione semplice possa ritenersi un espediente dilatorio: C. C., 16-VII-1930 (*Rep. Foro ital.*, 1930, n. 163).

(302) Chiovenda, *Istituz.*, vol. II, pag. 619; ma in tal caso può esser pronunciata anche una sentenza unica: C. C., 14-VI-1932 (*Foro ital.*, 1932, I, 1349).

(303) Sez. unite, 7-I-1924 (*La Corte di cass.*, 1924, 78, con mia nota).

(304) C. C., 27-IV-1933 (*Giur. ital.*, 1933, I, 890); Id., 7-VII-1936 (*Foro ital.*, 1936, I, 1263). Cfr. anche Coco, in *Studi per D'Amelio*, I, 337.

41. — Il procedimento di cassazione, dall'inizio fino all'udienza, si svolge in base al principio dell'*impulso d'ufficio*, ed in forma *scritta*. Scaduti i termini di cui si è parlato (fino a quello stabilito dall'art. 533, se vi fu controricorso), « il cancelliere presenta il ricorso, il controricorso, le carte e i documenti al Primo Presidente, il quale nomina un relatore » (art. 534), al quale il ricorso e le carte annesse sono trasmessi dopoché, a cura della cancelleria, ne è stata data comunicazione al P. M. ai sensi dell'art. 791 regol. gen. giudiziario. Il relatore deve preparare la sua relazione in iscritto per leggerla in udienza (art. 293 regol. gen. giud.); la discussione della causa in udienza è fissata d'ufficio dal Primo Presidente, con riunione dei ricorsi connessi, e secondo l'ordine che la causa aveva nel registro delle cause ordinarie o in quello delle cause urgenti (art. 536 c.p.c.; art. 294 regol. gen. giud.), e gli avvocati delle parti ne sono avvertiti dalla cancelleria almeno 10 giorni prima del giorno fissato (art. 536) (305).

La difesa viene fatta normalmente in iscritto, mediante il ricorso, controricorso e successive memorie illustrative, che possono essere depositate in cancelleria fino a 3 giorni (liberi) prima di quello stabilito per la discussione (art. 7, avv. Pr. Pres.). Il deposito dei documenti, che di solito deve avvenire insieme col ricorso (306) e col controricorso, può eccezionalmente avvenire anche in un momento successivo, a termini degli artt. 2 e 3 delle citate avvertenze della Pr. Pres. Delle carte e dei documenti presentati può essere autorizzato il temporaneo ritiro, nei modi e con la sanzione (307) regolati dall'art. 552.

Speciali regole si osservano per il procedimento sui ricorsi alle sezioni unite contro le decisioni della Commissione centrale per gli avvocati e procuratori (artt. 66-68 R.D. 22 gennaio 1934, n. 37). Il procedimento è naturalmente semplificato nei casi, rarissimi, di ricorso nell'interesse della legge (art. 519).

Data l'indole del giudizio di cassazione, che si esaurisce in una critica della precedente sentenza, non esiste in questo procedimento la possibilità di una fase istruttoria, per raccogliere nuove prove orali

---

(305) Sull'ufficio ruolo della C. C., cfr. L. 28-VI-1928, n. 1487.

(306) C. C., 25-II-1931: « La Corte di cassazione non può tener conto ai fini del suo giudizio di documenti esibiti dopo scaduto il termine pel deposito degli atti, per cui deve rigettare il motivo di ricorso che sia sorretto da tali documenti tardivamente esibiti » (*Rep. Foro ital.*, 1931, n. 226).

(307) Se il ricorrente ha restituito gli atti di causa con ritardo, ma prima del giorno fissato per la discussione, ciò può dar luogo alla sanzione prevista dall'art. 552, ma non a quella più grave della inammissibilità del ricorso: C. C., 16-III-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 939, col. 189); Id., 25-V-1928 (*Rep. Foro ital.*, 1928, n. 210), contro la precedente giurisprudenza 17-X-1924 (*Ibid.*, 1924, n. 140).

(neanche se dirette a provare quei vizî del procedimento, in relazione ai quali la Corte di cassazione è anche giudice del fatto) (cfr. oltre, n. 45). Per la querela di falso nel giudizio di cassazione, cfr. oltre, n. 46. Non esiste neanche nel procedimento italiano la doppia fase caratteristica del diritto francese (in cui si svolge una fase preliminare sull'ammissibilità del ricorso dinanzi alla *chambre des requêtes*) (308).

42. — Nell'udienza stabilita (309), il relatore fa la relazione della causa: dopo la relazione parlano gli avvocati, e dopo di essi il Pubblico Ministero. In questa fase l'oralità ha maggiore importanza che nei giudizî di merito, perché la discussione orale, se pure brevissima, si fa in Cassazione in tutte le cause, e perché l'avvocato della parte resistente è ammesso a discutere anche se non abbia presentato né controricorso, né scritture illustrative, nel qual caso la difesa del resistente è fatta per intero oralmente (310). La discussione orale ha luogo anche se è presente una sola parte; e in mancanza di ambedue le parti, la Corte delibera ugualmente sulle conclusioni orali del P. M. La discussione in udienza ha in pratica sempre luogo, anche se preliminarmente si tratti di discutere sulla ammissibilità del ricorso (la disposizione in contrario dell'art. 292 regol. gen. giud. non è osservata in pratica) (311). Chiusa la discussione con le conclusioni del P. M., le parti sono ammesse a trasmettere immediatamente al Collegio brevi note di chiarimento (il così detto « foglio di lumi »).

La Corte decide immediatamente in fine di udienza, dopo esaurita la discussione dei ricorsi assegnati alla medesima (art. 539); per la deliberazione si osservano le norme stabilite dagli artt. 357-359; ma alla deliberazione in Camera di consiglio partecipa, sia pure senza voto, anche il P. M. (art. 87 L. 30 dicembre 1923, n. 2786).

La pubblicazione della sentenza avviene dopo qualche tempo, per dar modo al relatore di preparare e presentare alla cancelleria, entro 8 giorni, i motivi e il dispositivo della sentenza (art. 233 regol. gen. giud.).

La firma della sentenza è regolata dall'art. 540. Ma si ritiene che la inosservanza dei requisiti prescritti da tale articolo non dia luogo a nullità, visto che manca, nel nostro sistema processuale, la possibilità di far valere tale inosservanza, mediante un qualsiasi mezzo di impu-

---

(308) Cfr. *Cassazione*, vol. II, pagg. 423-425.

(309) Per i differimenti della discussione, che hanno in cassazione carattere assolutamente eccezionale, cfr. gli artt. 8-11 delle avvertenze della P. P.

(310) Cfr. CARNELUTTI, *Forma della domanda del resistente nel procedimento di cassazione* (*Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 125).

(311) CHIOVENDA, *Istit.*, vol. II, pag. 619.

gnativa, neanche dinanzi allo stesso giudice *a quo* (per l'art. 549 « le sentenze della Corte di cassazione non sono soggette né a opposizione né a revocazione ») (312). Ciò è stato ritenuto a proposito di decisioni della Cassazione, alle quali mancava la sottoscrizione di uno dei giudici, deceduto dopo la deliberazione (313). Per l'inammissibilità del ricorso alle sezioni unite contro le decisioni a sezione semplice, cfr. *retro*, n. 40 in fine.

43. — Il procedimento di cassazione non può terminare altro che per *sentenza*. Dato l'impulso d'ufficio a cui questo procedimento si inspira, non è possibile in esso la *perenzione* (314); ed anche quando il procedimento termina per *rinuncia* al ricorso, o per *cessazione della materia del contendere*, la forma con cui si dà atto della rinuncia o della cessazione è la sentenza.

a) La rinuncia al ricorso (315) è regolata dagli artt. 550 e 551, i quali prescrivono che essa « deve farsi con ricorso sottoscritto da un avvocato ammesso a patrocinare davanti la Corte, munito di mandato speciale per quest'oggetto » (316) con notificazione all'avvocato del controricorrente, o alla stessa parte se non vi è stato controricorso. Il ricorso di rinuncia « può esser presentato in qualunque tempo » e quindi anche in udienza « purché prima delle conclusioni del Pubblico Ministero »: e sulla sua « ammissione » (317) la Corte si pro-

---

(312) Sulla correzione delle sentenze della Corte di cassazione, cfr. LUCARELLI-BARBERA, op. cit., cap. XIX.

(313) C. C., 30-VI-1924 (*Foro ital.*, 1924, I, 239); Id., 15-VII-1932 (*Ibid.*, 1932, I, 306); Id., 13-III-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Sentenza*, nn. 38 e 39).

(314) C. C., 26-IV-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione*, n. 6); cfr. però, sulla perenzione dei ricorsi in cassazione disposta dal R.D. 24-V-1923, n. 602, contenente norme processuali per l'attuazione delle nuove circoscrizioni giudiziarie del Regno: Id., 10-II e 26-IX-1925 (*Ibid.*, 1925, nn. 23 e 24). Una forma di perenzione triennale è stata ora introdotta nella Cassazione francese dall'art. 8 del decreto LAVAL, 30-X-1935.

(315) La rinuncia preventiva a ricorrere in cassazione in caso di controversie, contenuta in un contratto, non è valida: C. C., 15-VII-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, n. 9).

(316) C. C., 10-VIII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, n. 319); la rinuncia a qualche motivo del ricorso fatta oralmente dal patrono del ricorrente in udienza, non basta a precludere alla Corte l'esame del motivo: Id., 29-I-1934 (*Ibid.*, 1934, n. 318).

(317) Cioè sui requisiti soggettivi e formali della rinuncia, senza entrare a indagare se la materia controversa sia nella disponibilità delle parti: C. C., 25-IV-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, nn. 257 e 258). Si noti però che una rinuncia fatta senza i requisiti formali richiesti dalla legge, può valere come acquiescenza alla sentenza impugnata: Id., 15-XI-1932 (*Ibid.*, 1932, n. 85); Id., 26-XI-1928 (*Ibid.*, 1929, n. 130). Per il caso di rinuncia a un precedente ricorso, contenuta in un

nuncia con sentenza. La pratica ammette però che la rinuncia sia comunicata alla Corte, anziché mediante ricorso notificato alla controparte, con un semplice atto diretto alla Corte, e sottoscritto dalle due parti, ricorrente e resistente, e dai loro difensori (318). Per l'obbligo del rinunciante di pagare le spese e i danni al controricorrente, cfr. *retro*, n. 38, *b*).

b) Quando, mentre pende il giudizio di cassazione, tra le parti sia intervenuta transazione, la pratica ammette che, su istanza presentata in cancelleria da una delle parti e accompagnata dalla prova dell'avvenuto componimento, la Corte dia atto, mediante sentenza, che la materia del contendere è cessata, con gli stessi effetti della rinuncia, ma senza obbligo di spese e danni a carico del ricorrente (art. 550, capov. ultimo) (319).

Capo VI

44. — Si suole insegnare che la giurisdizione della Corte di cassazione, in armonia con la sua funzione che non è di riesaminare in terzo grado il merito del rapporto sostanziale, ma di *giudicare le sentenze dei giudici di merito*, annullandole ove appaiano viziate da difetti di diritto, si distingue dalla giurisdizione dei giudici di merito per due caratteri tipici: di essere una giurisdizione *di diritto*, e di essere una giurisdizione *negativa*. Il primo carattere si vuol riferire alla estensione dei suoi poteri di cognizione, i quali dovrebbero intendersi limitati alle sole questioni di diritto; il secondo carattere si vuol riferire agli effetti delle sue decisioni, i quali dovrebbero intendersi limitati a distruggere le sentenze difettose, non a decidere positivamente il merito delle controversie.

Già in altre parti di questo lavoro, e specialmente là dove si è parlato dei varî motivi di ricorso, si è visto che questi principî non possono essere accolti senza qualche temperamento e limitazione, in relazione ai varî motivi di impugnativa, e soprattutto che vi sono profonde differenze tra i poteri che la Corte ha quando il ricorso è basato su *errores in procedendo* e quelli, assai più limitati, che ha quand'esso è basato su *errores in iudicando*. È opportuno qui riprendere in esame

---

ricorso successivo, cfr.: Id., 21-XII-1934 (*Ibid.*, 1934, n. 320); e Id., 7-II-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 461, col. 105).

(318) Cfr. Lucarelli-Barbera, op. cit., cap. XVII.

(319) Sui casi di contestazione della validità della rinuncia o della transazione, cfr.: C. C., 19-VII-1937 (*Foro ital.*, 1937, I, 1347), ed i precedenti ivi citati in nota; e in dottrina: Ferrara, in *Foro ital.*, 1907, I, 496.

il problema, approfondendone i varî aspetti al lume della giurisprudenza della Corte Suprema.

45. — *Limiti della cognizione della Corte di cassazione.* A) In qual senso si può dire che la cognizione della Corte di cassazione è limitata alle sole questioni di diritto? In quali casi e in che limiti la Corte di cassazione può esser chiamata a conoscere questioni di fatto? Per rispondere a queste domande bisogna distinguere se si tratti di questioni attinenti a difetti proprî del giudizio di cassazione (*a*), ovvero a difetti della sentenza di merito denunciati dal ricorso; e in quest'ultimo caso bisogna distinguere se si tratti di *errores in procedendo* (*b*) ovvero di *errores in iudicando* (*c*).

a) Riguardo ai fatti attinenti al rapporto processuale di cassazione (capacità delle parti, inammissibilità del ricorso, notificazione, mandato, rinuncia) (320), la Corte è anche giudice del fatto; essa, prima di passare a giudicare sulla fondatezza della impugnativa può e deve rilevare anche d'ufficio (cfr. oltre, n. 48) gli eventuali difetti del rapporto processuale che si svolge dinanzi a lei, perché, se il medesimo non è regolare, vien meno il suo potere di entrare a conoscere il merito del ricorso (321). La Cassazione è anche giudice del fatto quando si tratta di accertare circostanze costitutive o estintive del diritto di annullamento esercitato dal ricorrente (per es., di accertare se tale diritto si sia estinto per *acquiescenza*) (322).

b) Lo stesso potere di indagare sui fatti si deve riconoscere alla Cassazione per quei motivi del ricorso che si basano su *errores in procedendo* intervenuti nel processo di merito. Qui non si tratta di controllare se il giudice di merito abbia, nel giudicare, correttamente inteso ed applicato ai fatti *da lui stesso accertati* la norma di diritto sostanziale, ma si tratta di controllare *se sia vero* che le attività concretamente compiute dal giudice o dalle parti nel giudizio di merito si siano svolte *in realtà* così come il ricorrente le descrive, cioè in modo disforme da quello prescritto dalla legge: e tale controllo sul modo con cui le attività processuali si sono concretamente svolte implica necessariamente una indagine di fatto, che talvolta, quando la regolarità del processo dev'esser desunta da qualche circostanza del rapporto sostanziale (per es., quando si tratti di stabilire la competenza

---

(320) Chiovenda, *Istit.*, vol. II, pag. 620.

(321) C. C., 22-I-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 256, col. 53); Id., 26-I-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, n. 283).

(322) C. C., 14-I-1931 (*Rep. Foro ital.*, 1931, voce *Sentenza*, n. 185); Id., 27-I-1930 (*Ibid.*, 1930, n. 198).

per materia), porta con sé, necessariamente, un riesame di merito (323). La Corte di cassazione si riconosce apertamente tali poteri di indagine sul fatto, quando il ricorso sia basato sul motivo di incompetenza o di eccesso di potere (324); ed anzi, quando il ricorso sia basato sulla così detta « incompetenza giurisdizionale » dell'Autorità giudiziaria su materia riservata all'Autorità amministrativa, la Corte di cassazione si riconosce il potere (dato che la questione di competenza non è altro che la questione sulla esistenza in concreto di un diritto soggettivo) di riesaminare il merito del rapporto sostanziale (325). Non altrettanto risoluta e coerente è, in proposito, la giurisprudenza del Supremo Collegio, quando il ricorso sia basato sugli altri *errores in procedendo* previsti dall'art. 517; di fronte ai quali essa, pur affermando che la Corte di cassazione « è autorizzata a compiere accertamenti di fatto, quando si tratti di statuire sulla regolarità del procedimento svoltosi innanzi al giudice del merito » (326), viene in pratica a distruggere questo principio, quando aggiunge che le attività del giudizio di merito devono esser ritenute così come sono descritte e documentate negli atti di quel giudizio, secondo la incensurabile interpetrazione che di tali atti abbia dato la sentenza denunciata (327). L'applicazione più nota di questo criterio (discutibilissimo) è quella secondo la quale la

---

(323) C. C., 22-I-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 260, col. 54).

(324) C. C., 3-V-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 1590, col. 366); Id., 28-III-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 1145, col. 269); Id., 6-IV-1936 (*Ibid.*, 1936, n. 1195, col. 237); Id., 12-V-1936 (*Ibid.*, 1936, n. 1613, col. 313); Id., 8-V-1936 (*Ibid.*, 1936, n. 1535, col. 298) (in materia di competenza, il Supremo Collegio può controllare anche la interpretazione del giudicato); per considerazioni analoghe la Corte di cassazione è giudice di fatto nell'accertare la litispendenza: Id., 8-IV-1936 (*Ibid.*, 1936, n. 1230, col. 242); o nell'accertare, anche mediante interpretazione del contratto, i limiti del compromesso, per decidere se gli arbitri abbiano ecceduto i limiti dei loro poteri (giurisprudenza costante); per ultimo: Id., 18-VI-1935 n. 2362, col. 528); Id., 25-VI, 10-VIII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Arbitramento*, nn. 78, 19-20); o nell'accertare l'esistenza del contratto d'impiego, allo scopo di risolvere la questione di competenza della Magistratura del lavoro: Id., 20-I-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 210, col. 45); Id., 5-VII-1937 (*Ibid.*, 1937, n. 2274, col. 502).

(325) Giurisprudenza costante. Cfr., per es., C. C., 27-VII-1929 (*Rep. Foro ital.*, 1929, n. 17).

(326) C. C., 28-I-1932 (*Riv. dir. comm.*, 1932, II, 150).

(327) C. C., 4-III-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 753, col. 152); Id., 10-II-1936 (*Ibid.*, 1936, n. 494, col. 105) (incensurabilità della determinazione dei limiti oggettivi della controversia, basata su indagine degli atti di causa); Id., 10-VII-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, voce *Cassazione*, n. 64); Id., 5-VI-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 2136, col. 479); Id., 28-III-1928 (*Monit. trib.*, 1928, 488) (per decidere sulla tempestività del gravame, la Corte di cassazione deve stare alla indicazione data nella sentenza denunciata).

Corte di cassazione interdice a se stessa il riesame in fatto della violazione del giudicato (v. *retro*, n. 26).

c) Il riesame del fatto è invece assolutamente interdetto alla Corte di cassazione (salvo per i fatti attinenti alla esistenza e validità della norma giuridica: *retro*, n. 29, I) nei casi in cui il ricorso sia basato su « violazione o falsa applicazione di legge »: il controllo della Corte di cassazione non mira qui a stabilire *se sia vero* il fatto della denunciata contravvenzione alla legge, ma *se sia esatta* la applicazione della legge, *nella supposizione che i fatti, ai quali il giudice di merito l'ha applicata, siano veri così come egli li ha accertati.* Ma già si è visto come siano numerosi gli espedienti attraverso i quali il controllo della Cassazione è tratto, anche per gli *errores in iudicando*, a sconfinare nel fatto: talché se in relazione agli *errores in procedendo* sembra che la giurisprudenza non sia abbastanza risoluta nell'esercitare sulla verità delle circostanze del rapporto processuale il suo controllo, sembra viceversa che, per gli *errores in iudicando*, essa abbia piuttosto tendenza a sconfinare nel riesame dei fatti, anche là dove questo le sarebbe precluso.

46. — Giova infine ricordare che, in tutti i casi in cui la Corte di cassazione si riconosce il potere di esaminare il fatto, essa ritiene del pari di non poter procedere a tale esame se non attraverso prove *scritte*, costituite sia dagli atti e documenti del giudizio di merito (328), sia da quella ulteriore documentazione che sia consentito alle parti di produrre per la prima volta nel giudizio di cassazione, in quanto si tratti di documenti attinenti ad una attività processuale delle parti, posteriore alla sentenza impugnata od alla proposizione del ricorso, che abbia o possa avere influenza sull'ammissibilità del ricorso stesso (329); ovvero di documenti attinenti a questioni sollevabili d'ufficio (330). Quantunque una autorevole dottrina (331) insegni che la Corte di cassazione, quando ha potere di accertare i fatti, deve procedervi con tutti i mezzi istruttorî di cui può servirsi un giudice di merito, e quindi anche attraverso prove orali, la giurisprudenza del Supremo Collegio

---

(328) In relazione al quale vale di regola il principio che la Corte di cassazione non può tener conto di avvenimenti o documenti non sottoposti all'esame dei giudici di merito: C. C., 20-I-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, n. 243); Id., 22-VII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 2900, col. 652).

(329) C. C., 15-XI-1932 (*Rep. Foro ital.*, 1932, voce *Cassazione*, nn. 84 e 85); Id., 23-IV-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 1443, col. 336). In senso contrario: Id., 26-IV-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 1474, col. 341).

(330) C. C., 27-VII-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, n. 188); Id., 12-XII-1931 (*Ibid.*, 1932, n. 47).

(331) Chiovenda, *Istit.*, vol. II, pag. 620.

è costante nel ritenere che la funzione di controllo ad esso riservata e la mancanza nel suo procedimento di qualsiasi disposizione attinente alle prove, gli inibisca ogni indagine istruttoria mediante prove orali (332). Anche la delazione del giuramento decisorio si ritiene estraneo al giudizio di cassazione (333). In quanto alla querela di falso, mentre si ritiene che nel giudizio di cassazione essa sia inammissibile contro i documenti attinenti alla fase di merito anteriore alla proposizione del ricorso in cassazione (334), è ritenuta ammissibile, purché sia proposta prima delle conclusioni del P. M., contro gli atti e documenti relativi alla fase di cassazione (335) (per es., contro la sottoscrizione dell'avvocato per impugnarne la autografia) (336), coll'effetto che la Corte deve sospendere di provvedere sul ricorso, in attesa che sulla querela decida il tribunale civile competente per territorio, al quale la Corte di cassazione la rimette.

47. — B) Si afferma comunemente che la Cassazione, come giudice delle sentenze e non delle controversie, deve limitarsi a riesaminare come il giudice di merito abbia deciso le questioni a lui sottoposte, e non possa prendere in esame « questioni nuove ». In che senso ed in che limiti si può accettare questo principio della *inammissibilità di questioni nuove in cassazione*? (337). Anche qui è opportuno adottare le stesse distinzioni già fatte per la indagine *sub* A.

a) Il divieto di sollevare « questioni nuove » non vale, naturalmente, per le questioni attinenti alla regolarità del ricorso, allo svolgimento del rapporto processuale di cassazione ed altresì a quei fatti avvenuti fuori del processo dopo la pronuncia della sentenza denunciata, che possono avere rilevanza per la estinzione dell'azione di annullamento (per es., l'acquiescenza). Tali questioni non potevano esser proposte dinanzi al giudice di merito, perché attinenti a rapporti non ancora nati: esse dunque sono per definizione « questioni nuove » proponibili in cassazione.

b) Lo stesso si deve dire per le questioni attinenti a quei motivi di cassazione con cui si denunciano *errores in procedendo*, quando si

---

(332) C. C., 13-I-1928 (*Rep. Foro ital.*, 1928, voce *Sentenza*, n. 223).

(333) C. C., 20-XII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Giuramento*, nn. 11 e 12).

(334) C. C., 14-IV-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1253, col. 245).

(335) C. C., 7-I-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 17, col. 4); Id., 26-IV-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 1477, col. 342); Id., 8-VII-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 2666, col. 604).

(336) C. C., 27-VII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3086, col. 690); Id., 2-VIII-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 3173, col. 707).

(337) Cfr. Carnelutti, *Sulle questioni nuove in cassazione* (*Riv. dir. proc. civ.*, 1932, II, 13).

tratta di vizî attinenti, per es., alla forma della sentenza denunciata, intorno ai quali non poteva sorgere questione nel giudizio di merito (si pensi, per es., alla questione attinente alla nullità della sentenza di merito per mancata sottoscrizione dei giudici che l'hanno pronunciata). Quando invece il ricorso censuri un vizio di attività che avrebbe potuto essere rilevato anche dinanzi ai giudici di merito (per es., la incompetenza), allora bisogna distinguere se si tratta di un vizio che il giudice di merito avrebbe dovuto rilevare d'ufficio (nel qual caso, anche se non è stato rilevato dal giudice di merito, è rilevabile *per la prima volta* in cassazione: per es., la incompetenza assoluta) (338); ovvero se si tratta di un vizio processuale che avrebbe potuto esser rilevato soltanto mediante eccezione di parte (nel qual caso, se la eccezione non è stata proposta dinanzi al giudice di merito, non è sollevabile *per la prima volta* in cassazione) (339).

c) La materia nella quale il divieto delle questioni nuove assume la massima importanza è quella degli *errores in iudicando* (340): nei confronti dei quali la giurisprudenza, partendo dal principio che « còmpito della Corte Suprema è solo quello di correggere gli errori del giudice di merito » (341), non solo esclude di regola che la Cassazione possa tener conto di fatti, attinenti al rapporto sostanziale, diversi da quelli allegati nel giudizio di merito (342), ma esclude altresì che, intorno ai fatti incensurabilmente accertati nel giudizio di merito possano essere proposte questioni di diritto (343) diverse da quelle

---

(338) Si ritengono proponibili per la prima volta in cassazione le questioni concernenti la inammissibilità dell'appello per nullità del mandato: C. C., 12-I-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 151, col. 30); la decadenza del termine per appellare: Id., 13-I-1936 (*Ibid.*, 1936, n. 92, col. 19); la mancata integrazione del giudizio: Id., 2-II-1931 (*Rep. Foro ital.*, 1931, voce *Appello*, n. 187); la improponibilità di domande nuove in appello: Id., 2-III-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 805, col. 186). Ciò anche per i difetti del giudizio di primo grado, che avrebbero dovuto esser rilevati d'ufficio dal giudice d'appello: cfr. Id., 22-V-1936 (*Ibid.*, 1936, n. 1757, col. 342) (nullità della sentenza di primo grado per partecipazione del giudice delegato al collegio giudicante); cfr. però: Id., 28-I-1932 (*Riv. dir. comm.*, 1932 - II - 150).

(339) Chiovenda, *Istituzioni*, vol. II, pag. 600; C. C., 10-VIII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Cassazione*, n. 60).

(340) La giurisprudenza che enuncia il principio è abbondantissima: e sembra superfluo citarla.

(341) C. C., 28-V-1926 (*Rep. Foro ital.*, 1926, nn. 31 e 32).

(342) C. C., 24-I-1924 (*Rep. Foro ital.*, 1924, n. 22); Id., 23-XI-1933 (*Ibid.*, 1933, n. 238).

(343) « Temi di contestazione »: C. C., 13-I-1930 (*Rep. Foro ital.*, 1930, n. 36); Id., 28-VII-1930 (*Ibid.*, 1930, n. 34); « tesi difensiva »: Id., 21-VII-1932 (*Ibid.*, 1932, n. 51).

proposte in quel giudizio (344). Il divieto di proporre in cassazione questioni di diritto non proposte dinanzi ai giudici di merito è dunque più rigoroso di quel divieto di domande nuove che è posto per l'appello dall'art. 490 c.p.c. (345); ma nella pratica i limiti di questa regola della improponibilità delle questioni nuove in cassazione sono piuttosto incerti ed elastici. Mentre si esclude che le parti possano in cassazione cambiare la *causa petendi* o proporre eccezioni sostanziali proponibili, ma non proposte, dinanzi ai giudici di merito (346), si ammette che possano esser dedotte in cassazione questioni nuove attinenti a norme sostanziali che il giudice di merito avrebbe dovuto rilevare d'ufficio (347), e d'altra parte si introducono sottili distinzioni fra *questioni nuove improponibili*, e *ragioni nuove* (348), ovvero *nuovi profili di diritto* (349) *proponibili*, che rendono difficile formulare in questa materia regole generali sicure. Il rigore del divieto si attenua altresì, perché non si considerano questioni nuove quelle che, quantunque non proposte al giudice di merito, dovevano però considerarsi « virtualmente comprese nel dibattito » (350), e perché si è messo in dubbio che il divieto, posto per il ricorrente, valga anche per il resistente (351). Si aggiunga che in certi casi la giurisprudenza ha ammesso che la Cassazione possa tener conto di fatti sopravvenienti, per dedurne effetti sostanziali (cessazione della materia del contendere), riconoscendo con ciò in questi casi la proponibilità di *nuove questioni di fatto* (352); e che in altri casi si è ritenuta denunciabile in cassazione (ex art. 517, n. 3), la violazione di una legge entrata in vigore posteriormente alla

---

(344) Perché la questione non sia nuova, basta che sia stata proposta in primo grado? Cfr. C. C., 6-VIII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3262, col. 728) in senso affermativo; e Id., 20-XII-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 3736, col. 824), in senso negativo.

(345) C. C., 31-III-1927 (*Rep. Foro ital.*, 1927, n. 43).

(346) Es.: C. C., 22-V-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1754 col. 341); Id., 10-XII-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 3617, col. 801); Id., 7-VIII-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 3376, col. 754) (eccezione di prescrizione).

(347) C. C., 5-III-1928 (*Rep. Foro ital.*, 1928, n. 46); Id., 22-II-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 682, col. 159); Id., 7-V-1935 (*Ibid.*, n. 1664, col. 383); cfr. però, per altre decisioni in senso diverso, Chiovenda, *Istituz.*, vol. II, pag. 484.

(348) C. C., 16-V-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, n. 59); Id., 3-V-1924 (*Ibid.*, 1924, n. 21).

(349) C. C., 19-XII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3683, col. 813).

(350) C. C., 2-VII-1930 (*Rep. Foro ital.*, 1930, n. 35); Id., 23-V-1932 (*Ibid.*, 1932, n. 80).

(351) C. C., 26-V-1926 (*Rep. Foro ital.*, 1926, nn. 28-30); cfr. però: Id., 5-II-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 437, col. 99).

(352) C. C., 31-VII-1925 (*Rep. Foro ital.*, voce *Cassazione*, nn. 44 e 45).

pronuncia della sentenza denunciata, ammettendosi con ciò la proponibilità di *nuove questioni di diritto* (353).

48. — C) Per completare la indagine sulla estensione dei poteri di cognizione della Corte di cassazione resta da esaminare se ed in che limiti la Corte possa proporsi *d'ufficio* questioni che non le siano state sottoposte dalle parti.

a) La Corte ha il potere e il dovere di esaminare d'ufficio se esistono le condizioni del diritto di cassazione (per es., denunciabilità della sentenza, interesse a ricorrere, ecc.) ed i requisiti formali di ammissibilità del ricorso. Tali indagini possono essere compiute dalla Corte anche se il controricorrente non ha rilevato il difetto o se lo ha fatto in forma irrituale (cioè, anziché nel controricorso, nella memoria illustrativa o anche nella discussione orale); ma se l'accertamento di tali difetti presuppone un'indagine su fatti che debbono essere necessariamente allegati e provati dalla parte, perché avvenuti fuori del processo, la Corte è in tal caso vincolata alla iniziativa di parte, da esplicarsi nel controricorso (354).

b) Quando si tratta invece dei difetti della sentenza di merito, che il ricorrente denuncia come motivi di annullamento, la Corte, senza differenza tra gli *errores in procedendo* e gli *errores in iudicando*, è strettamente tenuta a prendere in considerazione soltanto i vizî ritualmente denunciati dal ricorrente. Questa regola, secondo l'insegnamento della dottrina ed anche della giurisprudenza, verrebbe meno per quei difetti della sentenza denunciata che consistono in violazioni di leggi d'ordine pubblico: per questi, come la Corte potrebbe tenerne conto anche se siano stati irritualmente proposti, invece che nel ricorso, nella memoria illustrativa o anche oralmente alla udienza (355), così essa potrebbe, anche se non denunciati, rilevarli di propria iniziativa, venendo in tal modo ad annullare la sentenza di merito per un motivo non denunciato dal ricorrente. Tale pratica, per le ragioni che altrove ho esposto (356), mi è sempre apparsa aberrante ed in contrasto con la struttura istituzionale della Cassazione,

---

(353) C. C., 4-IV-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Legge*, n. 6); Id., 6-VIII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3260, col. 728); cfr. Chiovenda, *Istituz.*, vol. II, pag. 594; Betti, op. cit., pag. 694. Cfr. nota 136.

(354) Così per l'eccezione di acquiescenza: C. C., 26-VI-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 2483, col. 558).

(355) C. C., 4-V-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1513, col. 294); Id., 13-XII-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, n. 169); Id., 8-II-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 475, col. 107).

(356) *Cassazione*, vol. II, pag. 259, in nota.

per la quale (escluso il caso, che qui non ricorre, dell'annullamento nell'interesse della legge, che pure deve essere *provocato* dal Procuratore generale) la Corte non è chiamata a ricercare d'ufficio quali sono i difetti della sentenza impugnata, ma solo a giudicare se sussiste il diritto del ricorrente ad ottenere l'annullamento della sentenza per quei difetti (e non per altri) che egli denuncia come lesivi del suo interesse individuale. Annullare la sentenza per un motivo non denunciato nel ricorso, equivale (poiché teoricamente si potrebbe proporre per ogni motivo un ricorso separato) ad annullare una sentenza contro la quale non è stato proposto ricorso: ma se si ritiene (e nessuno credo che possa dubitarne) che alla Cassazione nell'ordinamento presente non competa questo potere poliziesco di andare di propria iniziativa a ricercare, per annullarle, le sentenze non impugnate dalle parti, si deve logicamente ritenere che essa sia sprovvista del pari del potere di rilevare motivi di annullamento non denunciati dal ricorso.

49. — *Effetti delle decisioni della Cassazione.* Per aver chiara la nozione della natura e dei limiti di questi effetti nelle varie forme che la decisione della Cassazione può assumere, bisogna partir dalla premessa che la Corte di cassazione è in ogni caso chiamata (escluso il caso eccezionale del ricorso nell'interesse della legge) a giudicare se esista o non esista il diritto di annullamento che il ricorrente afferma, e di cui il vizio denunciato costituisce la *causa petendi.*

Se la Corte accerta che questo diritto non esiste, la sua decisione è *di rigetto* (o, con effetti equivalenti, di *inammissibilità*) (A); se accerta che esiste, è di *annullamento* (B). Alla sentenza di rigetto equivale, salve le differenze che vedremo (v. oltre, n. 54) sul punto delle spese e della perdita del deposito, quella che dà atto della *rinuncia* al ricorso, o della avvenuta *cessazione della materia del contendere.*

Accanto a queste sentenze che pongono fine al rapporto processuale di cassazione (e che quindi, in relazione a questo giudizio, si possono denominare *definitive*), è opportuno menzionare quelle decisioni, che potrebbero denominarsi *preparatorie*, con le quali la Corte ordina la integrazione del giudizio (v. *retro*, n. 39) ovvero stabilisce un termine (v. *retro*, n. 36, *d*) affinché il ricorrente rinnovi il ricorso nullo per nullità riguardante la sola notificazione (357). Eccezionalmente la Corte può sospendere la decisione del ricorso, in attesa dell'esito di altro giudizio (358).

---

(357) Cfr. Betti, op. cit., pag. 706.

(358) C. C., 19-VII-1937 (*Foro ital.*, 1937, I, 1347). Cfr. anche n. 46 in fine.

50. — A) La sentenza di rigetto, con la quale la Corte accerta la inesistenza dell'azione di annullamento esercitata dal ricorrente (sentenza di accertamento negativo) non si può dire (per chi considera la natura di mezzo straordinario che ha il ricorso in Cassazione) che *faccia passare in giudicato* la sentenza di merito (359). Questa, esauriti i mezzi ordinarî di impugnativa, è già di per se stessa un giudicato: e la decisione della Corte che rigetta il ricorso non le conferisce quella efficacia di giudicato ch'essa già possiede, ma solo nega al ricorrente il diritto di annientare il giudicato già esistente. La sentenza della Cassazione che rigetta il ricorso non sta, nei confronti della sentenza denunciata, nello stesso rapporto in cui si trova, nei confronti della sentenza appellata, la decisione del giudice di secondo grado che, respingendo l'appello, la « conferma »; il giudice di secondo grado, anche quando rigettando l'appello adopera la formula di « conferma » della sentenza di primo grado, pronuncia in realtà sul rapporto controverso una nuova sentenza, che prende interamente il posto della prima e costituisce il giudicato sul merito (360). Invece la sentenza della Corte che respinge il ricorso in Cassazione, *lascia in vigore* la sentenza di secondo grado, purificandola da ogni pericolo di annullamento, in modo che essa *continui* a costituire il vero ed unico giudicato sul rapporto di merito (361).

Gli stessi effetti della sentenza di rigetto derivano dalla sentenza che dichiara inammissibile il ricorso: perché anch'essa preclude per sempre (362) al ricorrente la possibilità di ottenere l'annullamento della sentenza d'appello (art. 528, capov.) (363).

Per la condanna alle spese ed alla perdita del deposito (art. 541), cfr. oltre, n. 54.

---

(359) Diversamente: CHIOVENDA, *Istituzioni*, vol. II, pag. 622; BETTI, op. cit., pag. 796.

(360) CHIOVENDA, *Istituz.*, vol. II, pag. 90.

(361) In questo senso si insegna esattamente che le sentenze della Corte di cassazione non costituiscono mai giudicato (sul merito): cfr. C. C., 24-IV-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1393, col. 270).

(362) La differenza che il BETTI (op. cit., pag. 707) crede di poter stabilire tra il ricorso dichiarato nullo (che sarebbe improponibile nel termine) e il ricorso dichiarato inammissibile, non mi pare giustificata dal testo della legge.

(363) Date le premesse da cui parto, non posso accettare l'insegnamento del CHIOVENDA (*Istituz.*, vol. II, pag. 622), secondo il quale la data in cui la sentenza d'appello acquista la definitività sarebbe diversa secondo che la decisione della Cassazione sia di rigetto o di inammissibilità: in realtà, secondo me, non può farsi tale distinzione, perché la sentenza denunciata ha già di per sé la definitività, che la Cassazione non può darle rigettando (o dichiarando inammissibile) il ricorso, ma può solo ritoglierle, accogliendolo.

51. — Una questione che in questi ultimi anni ha dato luogo a vivaci dibattiti nella dottrina è quella relativa alla estensione ed agli effetti del così detto *potere di rettifica* che la Corte usa esercitare, mediante la sentenza *di rigetto*, sulla motivazione della sentenza denunciata (364); e in relazione al quale accade talvolta nella pratica che il rigetto del ricorso sia in sostanza una vittoria del ricorrente, il quale l'ha proposto non per far annullare la sentenza, ma per farne rettificare a proprio favore la motivazione (365).

La questione (che è proponibile soltanto quando il ricorso sia basato su un *error in iudicando*) è strettamente connessa con quel requisito della *causalità* che la « violazione o falsa applicazione di legge » deve avere per poter dar luogo a cassazione (v. *retro*, n. 33). Se la Corte di cassazione, esaminando la violazione o falsa applicazione di legge denunciata nel ricorso, si accorge che essa sussiste, ma che non è in relazione di causa ad effetto con la soccombenza (366), rigetterà il ricorso; ma potrà darsi che nella motivazione della sua sentenza di rigetto, pur esponendo le ragioni per le quali essa ritiene che il denunciato *error in iudicando* non sia « causale », esprima altresì le ragioni per le quali essa lo ritiene tuttavia *censurabile in astratto*, quantunque privo di conseguenze pratiche sul dispositivo. In questo caso il rigetto del ricorso, pur avendo l'effetto di cui già si è parlato (n. 46) di lasciare in vigore il giudicato costituito dalla sentenza denunciata, conterrà peraltro una parziale *disapprovazione* della motivazione di quel giudicato.

Una censura per così dire puramente platonica della motivazione potrà aversi anche quando la Corte, esaminando la questione di diritto a cui si riferisce la violazione di legge denunciata dal ricorrente, ritenga che la decisione data dal giudice di merito a quella questione sia sostanzialmente corretta, ma che siano sbagliati gli argomenti di diritto dei quali il giudice si è servito per motivare la sua soluzione (se, per es., il giudice di merito, applicando l'articolo di legge che faceva al caso, e rettamente interpretandolo, si è servito, per chiarire il significato di quell'articolo, di argomentazioni esegetiche diverse da quelle, scientificamente corrette, che avrebbero dovuto essere adoperate) (367). Anche qui il ricorso dovrà essere rigettato, perché la

---

(364) « La Corte di cassazione può rettificare la motivazione in diritto dei giudici di merito, quando non risponda a principî giuridici esatti, ma non potrebbe sostituirla integralmente quando manca »: C. C., 23-IV-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1358, col. 264).

(365) Cfr. la mia nota *Rigetto del ricorso a favore del ricorrente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 126.

(366) Cfr. giurisprudenza citata nella nota 185.

(367) Cfr. la mia *Cassazione*, vol. II, pag. 161, nota 1.

lamentata violazione di legge *non sussiste*; ma potrà darsi che nella sentenza di rigetto la Corte, per non lasciar passare senza rilievo la inesatta argomentazione contenuta nella sentenza denunciata, senta la opportunità di rilevare quale sarebbe stata la via giusta per arrivare a dare alla questione di diritto *quella stessa soluzione*, alla quale il giudice di merito è pervenuto per una via sbagliata.

Che, in casi come questi, la Corte Suprema abbia il potere (e il dovere) di esprimere, nella sua decisione di rigetto, le ragioni del suo *dissenso teorico* dalle argomentazioni erronee del giudice di merito, non sembra dubbio: la Corte deve, nei limiti dell'impugnativa, prendere in esame sotto tutti gli aspetti la sentenza denunciata ed esporre, accanto agli argomenti pratici che la inducono a rigettare il ricorso, quelli, anche se non prevalenti, che, sotto l'aspetto scientifico potrebbero suggerirne l'accoglimento; altrimenti la Corte agirebbe contro il suo scopo istituzionale se, rigettando senza alcuna riserva il ricorso contro una sentenza contenente argomentazioni giuridiche sbagliate, sembrasse in tal modo accreditare tali errori di fronte alla giurisprudenza futura. Ma il problema è un altro: si tratta di vedere se questo dissenso teorico, manifestato dalla Corte Suprema di fronte alla motivazione della sentenza del giudice di merito, possa *modificare praticamente* il contenuto di tale sentenza; si tratta, in altre parole, di vedere se d'ora innanzi la decisione della controversia di merito continui ad esser costituita dalla sentenza quale era (non solo nel dispositivo, ma anche nella motivazione) prima della pronuncia della Corte Suprema; o se viceversa tale decisione debba d'ora innanzi considerarsi costituita dalla sentenza del giudice di merito *rettificata* in conformità delle osservazioni contenute nella pronuncia di rigetto, con sostituzione, in luogo di quelle parti della motivazione che sono state censurate dalla Cassazione, dei motivi esatti da questa suggeriti (sentenza « soggettivamente complessa »).

La Corte di cassazione ha ormai adottato questa seconda soluzione (368) nel senso che, dopo la sentenza di rigetto del ricorso, il giudicato sulla controversia di merito deve essere « interpretato anche sulla base delle considerazioni enunciate dal Supremo Collegio, le quali completano ed eventualmente sostituiscono quelle della sentenza di merito che siano state riconosciute insufficienti od erronee »; ma è una soluzione che lascia perplessi, perché, a parte altre considerazioni

---

(368) C. C., 12-I-1932 (*Temi emil.*, 1932, pag. 181, con nota di ANDRIOLI); Id., 27-VII-1931 (*Mass. Foro ital.*, 1931, n. 3256, col. 633); in senso contrario le decisioni antecedenti: Id., 22-V-1930 (*Rep. Foro ital.*, 1930, voce *Cosa giudicata*, n. 3); Id., 10-XI-1930 (*Ibid.*, 1930, n. 6).

pratiche (369), non è facile spiegare come possa la Corte Suprema, che è chiamata a giudicare *non sulla controversia di merito* ma soltanto sull'azione di impugnativa (se è fondato o non è fondato il ricorso), cooperare con la sua motivazione, *positivamente ed obbligatoriamente*, alla decisione di una controversia diversa da quella sulla quale soltanto essa era chiamata a pronunciarsi. Più esatto sembra ritenere che in casi siffatti, il dissenso teorico manifestato dalla Suprema Corte non possa avere sull'eventuale ulteriore svolgimento della controversia di merito altro che un'autorità *di fatto*, quasi si direbbe di autorevole suggerimento, simile a quello che hanno sempre, nei giudizi di merito su casi simili, le opinioni espresse dalla Corte regolatrice; chi poi ritiene che in tali casi questo potere « di rettifica » abbia anche una vera e propria autorità obbligatoria di diritto, deve ricorrere al concetto di un potere di *interpetrazione autentica della sentenza di merito* che spetterebbe, in questi casi (come in generale al giudice superiore nei confronti della sentenza impugnata), alla Corte Suprema (370).

Si noti poi che questo potere di rettifica con efficacia positiva ed obbligatoria che la Corte Suprema ormai si arroga sulla motivazione *di diritto* della sentenza denunciata rischierebbe, se non fosse mantenuto rigorosamente entro i limiti sopra segnati (caso di errore di diritto *non causale*; caso di erronee argomentazioni entro l'àmbito di una questione *esattamente risolta*) di far degenerare la Cassazione in terza istanza: se si prendesse alla lettera la disposizione di quell'articolo 124 della legge organica napoletana (371), secondo la quale la Corte di cassazione purché fosse giusto il dispositivo della sentenza denunciata, doveva rigettare il ricorso e limitarsi a correggere i motivi, si arriverebbe facilmente a consentire alla Corte Suprema di cercare la soluzione della controversia fuori delle questioni di diritto decise dal giudice di merito (372); il che vorrebbe dire attribuirle il potere di tener ferma la sentenza denunciata nonostante la fondatezza del ricorso, che sarebbe un'aberrazione opposta ma analoga a quella (v. *retro*, n. 48) consistente nel riconoscerle il potere di annullare la sentenza per motivi non denunciati nel ricorso.

---

(369) Cfr. ANDRIOLI, scritto citato.

(370) CARNELUTTI, *Interpretazione autentica della sentenza* (*Riv. dir. proc.*, 1933, II, 53). *Contra*: D'AMELIO, in *Monit. trib.*, 1933, 881; e in replica ancora: CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc.*, 1934, I, 121. Cfr. sull'argomento anche LIEBMAN, in *Foro lomb.*, 1933, n. 3.

(371) Cfr. D'AMELIO, scritto cit., e la mia *Cassazione*, vol. II, pag. 258, in nota.

(372) Cfr. CHIOVENDA, *Istituz.*, vol. II, pag. 595.

52. — B) La sentenza di *accoglimento* è una sentenza costitutiva, con la quale la Corte, dopo aver accertato la esistenza del diritto del ricorrente ad ottenere l'annullamento della sentenza denunciata, soddisfa, nello stesso momento in cui lo accerta, tale diritto, *annullando*, nei limiti della impugnativa, la sentenza denunciata.

a) L'*annullamento* della sentenza denunciata è l'effetto tipico ed immancabile della sentenza che accoglie il ricorso; cassazione ed annullamento, anche etimologicamente, sono la stessa cosa. « La cassazione della sentenza importa annullamento della sentenza e degli atti posteriori, ai quali la sentenza cassata abbia servito di base » (art. 543): in forza dell'annullamento, vengono meno tutti gli effetti della sentenza cassata, così come se essa non fosse stata mai pronunciata, e torna in vigore nel processo di merito quella situazione giuridica che esisteva prima di tale pronuncia (373). A questo proposito autorevolmente si insegna che gli effetti dell'annullamento sarebbero diversi, secondo che si tratti di *cassazione semplice* (cioè di annullamento per *errores in iudicando*) o di *annullamento in senso stretto* (cioè di annullamento per *errores in procedendo*): nel senso che mentre in quest'ultimo caso la sentenza di primo grado sarebbe, per effetto della pronuncia di cassazione, richiamata in vita, non lo sarebbe nel primo caso (374). Ma, a mio avviso, tale opinione, se può essere espressione della tendenza volta a differenziare sempre più *in iure condendo* la cassazione per vizî di attività da quella per vizî di giudizio, e ad avvicinare sempre più questa ad una terza istanza *in iure*, non è giustificabile né di fronte allo sviluppo storico del nostro istituto, il quale ci dimostra che il ricorso in cassazione per *errores in iudicando* è stato costruito sul modello della *querela nullitatis*, ed ha quindi nella legge francese e nella nostra (non in quella germanica) la struttura e gli effetti di una vera querela di nullità eccezionalmente basata su vizî attinenti al contenuto (ingiustizia) della sentenza; né di fronte al chiaro testo della legge, che parla di « annullamento » (art. 543) senza distinguere tra i varî motivi su cui il ricorso in cassazione può essere basato (375). Di questa opinione sembra del resto la Corte Suprema, la quale insegna che la « sentenza di appello, cassata *tanto per vizî di forma quanto per violazione di norme sostanziali*,

---

(373) Quindi torna a spiegare efficacia la clausola di provvisoria esecuzione apposta alla sentenza di primo grado: C. C., 26-V-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Esecuzione provvisoria*, nn. 11 e 12).

(374) Chiovenda, *Principî* (ed ora *Istituz.*, vol. II, nn. 163, 379, 388, *A*, *i*; 418, pag. 623).

(375) Cfr. ampiamente la mia *Cassazione*, vol. II, cap. XI, e in questo senso Zanzucchi, op. cit.

rimane priva di qualunque effetto, onde le parti sono rimesse nella situazione di fatto e di diritto in cui si trovavano prima della pronuncia della sentenza annullata, *e riprende automaticamente vigore quella di primo grado* » (376).

b) L'annullamento è pronunciato nei limiti dell'impugnativa: talché se il ricorso abbia impugnato la sentenza solo in alcuni capi, o se i vizî denunciati nei motivi accolti stiano in nesso di causalità solo con alcuni capi della sentenza, la cassazione è *parziale* e gli altri capi « restano fermi », salvo che siano dipendenti dal capo in cui la sentenza fu cassata (art. 543, capov.) (377). Così la sentenza di merito, quantunque formalmente unica, può essere annullata in alcuni capi, e rimaner ferma come giudicato negli altri capi che non siano stati denunciati, o di fronte ai quali il ricorso non sia stato accolto (378), a meno che anche per essi, data la loro dipendenza dai capi cassati, non si debba intendere avvenuto l'annullamento *implicito*. La distinzione è facile quando nella sentenza denunciata siano separati o separabili più capi autonomi, idonei ciascuno a costituire distinto giudicato; ma quando, per decidere su un unico capo di domanda, la sentenza di merito abbia deciso più questioni, e la censura per cui la sentenza è stata annullata riguardi una sola di queste questioni, è discusso se in sede di rinvio le questioni non colpite dalla impugnativa o dalla censura, si debbano considerare precluse ovvero tuttora aperte (cfr. oltre, n. 59).

c) L'annullamento, totale o parziale, colpisce prima di tutto la sentenza denunciata; ma colpisce altresì, secondo l'art. 543 « le sentenze e gli atti *posteriori*, ai quali la sentenza cassata abbia servito di base » : cassata la interlocutoria, cade la definitiva, anche se passata in giudicato, che presuppone la prima (379); cassata la sentenza definitiva, si annulla anche quella pronunciata sulla opposizione di terzo

---

(376) C. C., 13-V-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, n. 246); Id., 9-V-1932 (*Ibid.*, 1932, n. 290). *Contra*: C. A. Milano, 16-X-1934 (*Ibid.*, 1934, voce *Cassazione*, n. 313).

(377) Ciò può avvenire anche nel caso di annullamento per *errores in procedendo*: cfr. CARNELUTTI, *Lezioni*, vol. IV, pag. 285.

(378) Cfr. C. C., 9-XII-1927 (*Rep. Foro ital.*, 1927, n. 237); Id. 29-V-1928 (*Ibid.*, 1928, n. 142); Id., 9-XII-1932 (*Ibid.*, 1932, n. 295); Id., 4-VII-1934 (*Ibid.*, 4934, n. 302).

(379) C. C., 30-I-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, n. 305); Id., 15-I-1934 (*Ibid.*, 1934, nn. 309 e 310). In tal caso nel ricorso proposto contro la definitiva dovrebbe essere dichiarata cessata la materia del contendere: Id., 20-V-1925 (*Ibid.*, 1925, nn. 270 e 271); cfr. però: Id., 25-V-1934 (*Giur. ital.*, 1934, I, 952) (secondo la quale il ricorso sarebbe improponibile).

interposta contro di essa (380); cassata la sentenza che ammette una prova, è annullata la prova raccolta in esecuzione della medesima (381), come si annullano, se è cassata la sentenza di condanna, gli atti esecutivi compiuti in base alla medesima (382).

L'art. 543 non dice che cosa avvenga delle sentenze e degli atti *anteriori* alla sentenza denunciata, quando questa venga annullata non per vizio proprio, ma per un vizio *derivato*, che inquini tutto il processo fin dal suo inizio, o che risalga a sentenze o ad atti anteriori alla stessa sentenza denunciata (per es., quando si annulla la sentenza di appello per incompetenza assoluta del primo giudice, o per nullità della citazione di primo grado, ecc.). Nessuna disposizione regola espressamente questa ipotesi, che altre legislazioni contemplano (383); logicamente si dovrebbe ritenere che l'annullamento della sentenza impugnata importasse l'annullamento dell'intero processo e quindi anche della sentenza di primo grado, ovvero di quella parte del processo che si è svolto a partire dall'atto viziato. Ciò può infatti avvenire, secondo la nostra legge, quando la sentenza sia cassata « per il motivo che l'Autorità giudiziaria non poteva pronunciare » (art. 544, n. 1; cfr. oltre, n. 53, *a*), nel qual caso, insieme con la sentenza di secondo grado, cade nel nulla l'intero giudizio (384); o anche quando, avvenendo la cassazione per incompetenza del primo giudice, la causa sia rinviata a un giudice di primo grado (art. 544) dinanzi al quale deve ricominciare *ex novo* l'intero giudizio (385); ma in altri casi, non essendovi una norma che permetta alla Cassazione di rinviare ad una Autorità che non sia « uguale in grado a quella che pronunciò la sentenza cassata » (art. 544, capov.; cfr. oltre, n. 53, *b*), spetterà al giudice di rinvio dichiarare la nullità degli atti anteriori alla sentenza cassata ed eventualmente anche di quelli svolti nel giudizio di primo grado. Cassata per *error in iudicando* la sentenza d'appello, non cade per questo la sentenza di primo grado che era stata confermata dalla sentenza cassata (386).

---

(380) C. C., 17-III-1931 (*Rep. Foro ital.*, 1931, n. 232): annullata una sentenza, cade anche quella posteriore che rettificò la prima in base all'art. 473: Id., 11-IV-1927 (*Ibid.*, 1927, n. 227). *Contra*: Id., 12-VII-1926 (*Ibid.*, 1926, n. 292).

(381) C. C., 27-XI-1926 (*Rep. Foro ital.*, 1926, n. 287). *Contra*: Id., 28-VI-1937 (*Mass. Foro ital.*, 1937, n. 2173, col. 481).

(382) C. C., 18-I-1926 (*Rep. Foro ital.*, 1926, nn. 282 e 283).

(383) Cfr. *Cassazione*, vol. II, pagg. 270 e 271; progetto Redenti, artt. 706-709.

(384) Cfr. per un caso analogo: C. A. Ancona, 15-III-1924 (*Rep. Foro ital.*, 1924, n. 147).

(385) C. C., 24-XI-1932 (*Rep. Foro ital.*, 1932, n. 289).

(386) C. A. Milano, 23-II-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, nn. 314 e 315); C. A. Roma, 17-X-1929 (*Ibid.*, 1929, n. 124).

53. — La sentenza di accoglimento può escludere, o viceversa render necessaria, la rinnovazione o la continuazione del giudizio di merito dinanzi a un giudice diverso dalla Corte di cassazione: si distingue sotto questo punto di vista la cassazione *senza rinvio* (*a*) dalla cassazione *con rinvio* (*b*).

a) Secondo il capov. ultimo dell'art. 544 l'annullamento senza rinvio si ha: « 1°) quando si cassi la sentenza per il motivo che l'Autorità giudiziaria non poteva pronunciare; 2°) negli altri casi determinati dalla legge ». Questo *iudicium rescindens* non seguìto da *rescissorium* (che può trovare un riscontro nella revocazione in base al n. 5 dell'art. 494) ha luogo tutte le volte in cui l'annullamento, per i motivi su cui si fonda e per la estensione dei suoi effetti, sia tale da non lasciare materia per un ulteriore giudizio, o per una ulteriore fase del giudizio precedente (387): ciò può avvenire o perché, avendo la Corte riconosciuto che la sentenza denunciata era stata pronunciata su materia sottratta al sindacato giurisdizionale (per es., perché riservata all'Autorità amministrativa), l'accoglimento del ricorso significhi non soltanto annullamento di tutto intero quel processo, ma altresì esclusione della possibilità che su quella stessa materia possa iniziarsi un altro processo dinanzi all'Autorità giudiziaria; o perché, essendo quel processo viziato fino dall'inizio per mancanza di un suo presupposto, esso debba totalmente cadere, salvo alla parte interessata la facoltà di iniziarlo *ex novo* in modo regolare; o perché avendo la Corte riconosciuto che mancasse in tutto o in parte al giudice di appello il potere di pronunciare, il processo sul merito della controversia debba considerarsi *già chiuso* dalla sentenza di primo grado, passata in giudicato. Data la formula alquanto vaga adoperata dall'art. 544 (maggiore precisione nell'art. 539 c.p.p.) per indicare in quali casi la cassazione deve avvenire senza rinvio, non v'è unanimità nella dottrina e nella giurisprudenza nel determinare in concreto tali casi: certo è che la cassazione senza rinvio (a parte il caso di cassazione nell'interesse della legge, di cui oltre, n. 55 in fine) *non può avvenire altro che se il ricorso è basato su « errores in procedendo »*; ma, entro questi limiti, v'è chi insegna (388) che essa debba aversi in tutti i casi di eccesso di potere, compreso il vizio di *extra* od *ultra petita*; mentre altri autori, e la pratica, inclinano a ritenere che in quest'ultima ipotesi la cassazione debba avvenire con rinvio (389). Nella giurisprudenza della Corte Suprema la cassazione senza rinvio si trova pronunciata, oltreché nei casi

---

(387) Cammeo, in *Giur. ital.*, 1911, IV, 205; e la mia *Cassazione*, vol. II, pagg. 273 e 274; Chiovenda, *Istituz.*, vol. II, pag. 624.

(388) Chiovenda, *Principi*, pagg. 1034 e 1035; Id., *Istituz.*, pag. 624.

(389) Cfr. la mia *Cassazione*, vol. II, pag. 274, nota 2.

di così detta incompetenza giurisdizionale dell'Autorità giudiziaria di fronte all'amministrativa (nel qual caso la cassazione senza rinvio è in sostanza una decisione di merito, cioè una constatazione della inesistenza di un diritto) (390), in casi di inammissibilità dell'appello (391), o di inammissibilità iniziale della domanda (392); o di ricorso contro sentenza dipendente da altra sentenza precedentemente cassata (393). Ma non mancano nella giurisprudenza incertezze e deviazioni (394).

b) Sotto il concetto generico di *cassazione con rinvio* si comprendono più casi, che è utile esaminare distintamente:

α) « Quando la Corte cassi la sentenza per violazione delle norme di competenza, statuisce su questa, e rimanda la causa all'Autorità competente » (art. 544, 1° comma). Qui, all'annullamento della sentenza denunciata, pronunciato per il motivo di incompetenza, si accompagna un *effetto positivo* che è la « statuizione » con cui la Corte determina in modo preclusivo (cfr. art. 544 c.p.c.) quale è il giudice competente a decidere il merito della controversia (che può essere o lo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza cassata, erroneamente dichiaratosi incompetente; o un giudice d'ugual tipo, in caso di violazione delle norme di competenza territoriale; o un giudice di tipo diverso, in caso di violazione delle norme di competenza per grado o valore) (395); ma quantunque la legge sembri considerare anche questo come un caso di cassazione con rinvio, in realtà non è questo il « rinvio » in senso proprio di cui nei casi seguenti: qui si ha piuttosto una cassazione senza rinvio (396), a cui si accompagna una

---

(390) Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni*, vol. IV, pag. 277.

(391) C. C., 27-VII-1933 (*Foro ital.*, 1933, I, 1099) (annullamento per mancata legittimazione dell'appellante); Id., 20-XII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3701, col. 817) (inappellabilità della sentenza di primo grado). Cfr., per un caso in cui, secondo i criteri adottati nelle precedenti decisioni, sembra che la Cassazione avrebbe dovuto essere pronunciata senza rinvio: CIANFLONE, in *Foro ital.*, 1934, in nota alla sentenza 27-I-1934.

(392) C. C., 1°-XII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, n. 312) (mancata denuncia della controversia all'associazione sindacale).

(393) C. C., 7-II-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 462, col. 105); Id., 18-VII-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 2819, col. 635); Id., 26-VII-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 3021, col. 678).

(394) Cfr. per altri casi di cassazione senza rinvio: C. C., 17-IV-1929 (*Giur. ital.*, 1929, 639); Id., 10-VII-1930 (*Rep. Foro ital.*, 1930, n. 213); Id., 2-IV-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1148, col. 226); e il mio scritto, *Un singolarissimo caso di cassazione senza rinvio* (*Foro ital.*, 1923, in nota alla sentenza 30-XII-1922 della Cassazione di Roma).

(395) CHIOVENDA, *Istituz.*, vol. II, pag. 624.

(396) BETTI, op. cit., pagg. 707 e 708; CARNELUTTI, *Lezioni*, vol. IV, pagg. 281 e 282. Anche nel codice di procedura penale, che distingue l'annullamento *senza rinvio* (art. 539) dall'annullamento *con rinvio* (art. 543), si distingue da questa seconda ipotesi il caso della *decisione della questione di competenza* (art. 542).

pronuncia di regolamento della competenza, positivamente vincolativa per tutti i giudici (397).

β) Rinvio in senso proprio si ha quando la Corte, annullando la sentenza per motivi (*errores in procedendo* o *errores in iudicando*) diversi da quelli considerati *sub a* e *sub b*, « rimanda la causa (per la decisione del merito) ad altra Autorità giudiziaria uguale in grado a quella che pronunciò la sentenza cassata, e che sia più vicina alla medesima » (art. 544, capov. 1°) (398). Si ha qui un caso di rinnovazione del giudizio di merito (*iudicium rescissorium*) che si rende necessaria per colmare il vuoto lasciato dall'annullamento della precedente sentenza (*iudicium rescindens*); ma la particolare caratteristica di questa rinnovazione del giudizio di merito, non consiste tanto nel fatto della separazione dinanzi a due giudici diversi del rescindente (giudizio di cassazione) e del rescissorio (giudizio di rinvio), quanto nel fatto che il giudice, dinanzi al quale si svolge il rescissorio dev'essere in ogni caso un giudice *diverso* da quello, inizialmente competente, che ha pronunciato la sentenza cassata. Questo giudice, diverso da quello che sarebbe stato competente per legge a giudicare sulla controversia, è discrezionalmente designato caso per caso dalla Cassazione, e si dice « giudice di rinvio »: la cui competenza a decidere sulla controversia non deriva dunque direttamente dalla legge, ma dalla pronuncia della Corte di cassazione, che è in tal caso (a differenza del caso visto *sub a*), *costitutiva, non dichiarativa, di competenza* (foro commissorio) (399).

Questa necessaria *diversità* del giudice di rinvio dal giudice che ha pronunciato la sentenza denunciata è in relazione con la *libertà* che ha il giudice di rinvio di *non* conformarsi alla decisione della Corte di cassazione sul punto di diritto sul quale essa ha pronunciato; sicché, ove tale libertà non esista, logicamente non dovrebbe neanche essere imposta tale diversità. Così infatti è stabilito da alcune leggi più recenti, le quali, parallelamente all'obbligo imposto al giudice di rinvio di conformarsi in ogni caso alla decisione della Corte, lasciano facoltà (400), o addirittura fanno obbligo (401) alla Corte di rinviare la causa allo *stesso* giudice che ha pronunciato la sentenza cassata.

---

(397) Il rinvio al giudice civile può esser disposto dalla Corte di cassazione penale nel caso dell'art. 541 c.p.p.

(398) Cfr. CHIOVENDA, *La Corte di cassazione come giudice della competenza*, in *Saggi*, cit. in Bibliografia.

(399) Cfr. la mia *Cassazione*, vol. II, pagg. 275-277.

(400) Cfr. art. 28 R.D. 21-V-1934, n. 1073, sulle controversie ind. del lavoro, in relazione all'art. 91 del R.D. 1°-VII-1926, n. 1130.

(401) Cfr. art. 200 T.U. 11-XII-1933, n. 1775, sulle acque pubbliche; art. 8 L. 10-VII-1930, n. 1070 (usi civici). Cfr. anche artt. 543-546 c.p.p.

Gli effetti della sentenza che cassa e rinvia sono per il giudice di rinvio diversi, secondo la natura del vizio per cui la cassazione è stata pronunciata. Di tali effetti si dirà più ampiamente nel capitolo seguente (nn. 56-61); ma fin d'ora si possono distinguere due casi, il secondo dei quali a sua volta si distingue in due sottocasi:

I. Se la cassazione è stata pronunciata per *error in procedendo*, dinanzi al giudice di rinvio non si potrà più tornare a discutere sull'esistenza di tale vizio, intorno al quale la Corte di cassazione definitivamente ha deciso in fatto e in diritto (402): e ciò non tanto perché la Cassazione *statuisca* sul rapporto processuale, nello stesso senso (di pronuncia vincolativa per tutti i giudici dinanzi ai quali la *stessa questione* possa ripresentarsi) in cui per l'art. 544 « statuisce » sulla questione di competenza (403), ma piuttosto perché la questione sull'*error in procedendo* che viziava la sentenza cassata non rientra nell'àmbito del giudice di rinvio, il quale è chiamato a riesaminare il merito della controversia in seguito all'annullamento della precedente sentenza, ma non già a riesaminare se questa sentenza sia stata legittimamente annullata dalla Cassazione.

Ma, se la cassazione è stata pronunciata per *error in procedendo*, il giudice di rinvio sarà libero di giudicare senz'alcun vincolo il merito della controversia in fatto e in diritto, come avrebbe potuto fare il giudice di appello.

II. Se invece la cassazione è stata pronunciata per *errores in iudicando* (« contravvenzione o falsa applicazione di legge »), cioè per errori di diritto attinenti al merito *di quella stessa controversia* su cui il giudice di rinvio è chiamato a svolgere il suo riesame, si può domandare se la decisione che la Cassazione ha dato alle questioni di diritto da essa esaminate agli effetti dell'annullamento, possa vincolare in maniera *positiva* i poteri del giudice di rinvio agli effetti della decisione di merito.

La risposta è diversa secondo i casi (404):

1°) In certi casi l'opinione espressa dalla Corte nelle questioni di diritto da essa esaminate nell'accogliere il ricorso, se può esercitare *di fatto* sul giudice di rinvio una certa persuasione razionale, non ha per lui alcuna efficacia vincolante *di diritto* (e ciò accade, nel processo civile ordinario, per il giudice di [*primo*] rinvio in seguito a pronuncia della Cassazione *a sezione semplice*).

---

(402) Chiovenda, *Istituz.*, vol. II, pagg. 606 e 625; e la mia *Cassazione*, vol. II, n. 111.

(403) Chiovenda, op. e loc. cit. *Contra*: Carnelutti, *Lezioni*, vol. IV, pag. 281.

(404) *Cassazione*, vol. II, nn. 108-110.

2°) In altri casi invece il giudice di rinvio « deve uniformarsi alla decisione della Corte di cassazione sul punto di diritto sul quale essa ha pronunciato » (art. 547) (e ciò accade nel processo civile ordinario soltanto per il giudice di [*secondo*] rinvio, quando, essendo stata impugnata in cassazione la sentenza del giudice di rinvio [cfr. oltre, n. 61], anch'essa sia stata cassata, « per gli stessi motivi » per cui fu cassata la precedente sentenza d'appello, dalla Corte *a sezioni riunite*; e in alcuni procedimenti speciali anche per il giudice di [*primo*] rinvio, per il quale la pronuncia della Corte a *sezione semplice* ha senz'altro tale efficacia vincolante: così nelle controversie del lavoro, art. 91 R.D. 1° luglio 1926, n. 1130, richiamato dall'art. 28 del R.D. 21 maggio 1934; nelle controversie sulle acque pubbliche, art. 200 T.U. 11 dicembre 1933, n. 1775; sugli usi civici, art. 8 L. 10 luglio 1930, n. 1078; sulle assicurazioni sociali, art. 56 del D.L. 17 agosto 1935, n. 1765, e 105 del D.L. 4 ottobre 1935, n. 1827).

Sulle ragioni storiche, oggi superate, di questa libertà lasciata al giudice di primo rinvio nei casi di cui *sub* 1°, cfr. oltre, n. 67; sulla natura giuridica della efficacia vincolante nei casi di cui *sub* 2°, cfr. oltre, n. 60, *c*).

54. — La sentenza della Corte, tanto in caso di rigetto quanto in caso di accoglimento, pronuncia sulle spese e sul deposito per multa.

In caso di rigetto, la Corte condanna il ricorrente nelle spese, che può anche liquidare, ed alla perdita del deposito (art. 521) (405); e riserva alla parte contraria le ragioni per il risarcimento dei danni. La tassazione delle spese non liquidate e la condanna ai danni in seguito a rigetto devono esser chieste all'Autorità giudiziaria che pronunciò la sentenza impugnata per cassazione (art. 571).

Alla perdita del deposito il ricorrente è condannato anche nel caso in cui il ricorso sia dichiarato inammissibile (art. 292 regol. generale giudiziario) (406).

In caso di accoglimento del ricorso, la Corte ordina la restituzione del deposito al ricorrente « e pronuncia sulle spese del giudizio come di ragione » (art. 542), il che significa che può condannare alle spese la parte controricorrente o resistente, ovvero, come largamente si pratica, rimandare al giudice di rinvio anche il giudizio sulle spese, fa-

---

(405) Ma se il deposito era stato eseguito *ad abundantiam* in materia che ne sia esente, va ordinata la restituzione di esso, nonostante il rigetto del ricorso: C. C., 2-VII-1932 (*Rep. Foro ital.*, 1932, n. 297).

(406) Il deposito è restituito al ricorrente nel caso di rinuncia al ricorso: C. C., 7-V-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, n. 321), e quando la Corte dichiari cessata la ragione del contendere: Id., 7-III-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 821, col. 190).

cendo dipendere così la condanna nelle spese del giudizio di cassazione dalla soccombenza nel giudizio di merito.

La Corte usa anche, se pur non di frequente, compensare le spese tra le parti: specialmente quando le questioni sollevate dal ricorso, rigettato o accolto, si presentino eccezionalmente difficili e gravi.

55. — L'analisi che abbiamo fatto nelle pagine precedenti degli effetti delle decisioni della Corte Suprema ci permette qui di avere un quadro sintetico dei diversi aspetti della loro efficacia.

Tali effetti si possono distinguere in *principali* e *secondarî*: o, se si preferisce l'espressione, in *immediati* e *mediati*. Effetti *principali* o *immediati* sono quelli che la sentenza della Corte Suprema esercita in quanto decide sull'azione di impugnativa fatta valere dal ricorrente: in quanto cioè accoglie o respinge il ricorso, e quindi concede o nega il richiesto annullamento. Quest'azione di impugnativa è un'azione diversa da quella di cui si discute nel giudizio di merito: anzi ad ogni motivo di ricorso fatto valere dalle due parti, corrisponde una azione di impugnativa separata, tutte tra loro connesse, e connesse altresì con la controversia di merito, ma da questa ben distinte. Si intende pertanto che quando si afferma (v. *retro*, n. 50, e nota 361, *retro*, pag. 106) che le pronuncie della Corte Suprema non costituiscono giudicato, questa affermazione va intesa in relazione alla controversia che è stata oggetto del giudizio di merito, ma non si estende alla azione di impugnativa, in relazione alla quale la pronuncia della Corte Suprema ha, in quanto respinge la domanda di annullamento o la accoglie annullando, tutti i caratteri e tutti gli effetti del giudicato; sicché sui limiti soggettivi ed oggettivi della pronuncia che accoglie o respinge il ricorso in cassazione, si possono ripetere tutte le questioni che si fanno in genere sul passaggio in giudicato delle sentenze costitutive in tema di diritti di impugnativa (407). L'efficacia di giudicato che hanno, nei limiti suddetti, le decisioni della Suprema Corte, diventa anche praticamente sensibile per quei capi di essi che decidono sulla restituzione del deposito e sulle spese: in relazione al quale ultimo punto la decisione della Corte, in quanto sentenza di condanna, è titolo esecutivo.

Meno facilmente classificabili sono gli effetti *secondarî* o *mediati*: i quali hanno, sotto diverse forme, il carattere comune di essere effetti *aggiunti*, che non derivano dal giudicato sull'azione di impugnativa, e che, esorbitando dai limiti del giudicato, si ripercuotono sullo svol-

---

(407) Cfr. C. C., 19-I-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, voce *Cassazione*, n. 50); Id., 10-XII-1929 (*Ibid.*, 1929, nn. 126 e 127).

gimento dell'ulteriore processo in cui dovrà esser decisa la controversia di merito (*a*), o addirittura sulla decisione (*b*) della medesima.

Tali sono: *a*) gli effetti concernenti la determinazione del giudice competente a decidere la controversia di merito (statuizione sulla competenza, se la cassazione avviene per violazione delle norme attinenti alla medesima: cfr. n. 53, *b*, α; designazione del giudice *di rinvio* quando la cassazione avviene per altri motivi: n. 53, *b*, β); *b*) gli effetti concernenti la soluzione di questioni di diritto destinate a servir da premessa alla decisione della controversia di merito (rettifica dei motivi in caso di rigetto, n. 51; efficacia vincolante della decisione sul « punto di diritto » per il giudice di rinvio: cfr. n. 53, *b*, β, II, 2°).

Accanto a questi effetti, attinenti singolarmente alla controversia di merito, le pronuncie della Corte Suprema, di rigetto o di accoglimento, hanno poi tutte quante, in quanto risolvono nella loro motivazione questioni di diritto aventi carattere di massima, quella efficacia di autorevole precedente per tutti i casi simili, mediante la quale la Corte Suprema esplica praticamente il suo ufficio di organo regolatore della giurisprudenza; ma questa, come sappiamo, è una efficacia *di fatto*, di carattere psicologico e razionale, e si potrebbe dire sociologico, che non ha niente a che vedere con gli effetti *giuridici* esercitati dalla pronuncia sul singolo caso deciso.

Tutti gli effetti *giuridici*, principali e secondarî, finora esaminati, mancano a quelle pronuncie con cui la Corte Suprema, su denuncia del Procuratore generale, cassa *nell'interesse della legge* (art. 519 c.p.c.), la sentenza che non sia stata tempestivamente impugnata dalle parti: tali pronuncie, per le quali la legge parla di « annullamento » in un senso si potrebbe dire *simbolico* (perché anche dopo il così detto annullamento, la sentenza annullata nell'interesse della legge conserva *inter partes* tutti gli effetti del giudicato), non hanno in realtà altro scopo che quello di manifestare, in forma pubblica e solenne, il dissenso teorico della Corte Suprema di fronte ad una massima erronea contenuta nella sentenza denunciata, e di adoperarsi ad impedire così che nello stesso errore ricadano in avvenire altri giudici chiamati a decidere casi simili. I soli effetti che in questo caso può esercitare la pronuncia della Corte Suprema sono dunque effetti *di fatto* riguardanti i possibili casi simili futuri, non effetti *di diritto*, riguardanti la singola controversia (408).

---

(408) Sui caratteri di queste pronuncie, cfr. la mia *Cassazione*, vol. II, nn. 58-62; Betti, op. cit., pag. 704, nota 23; Carnelutti, *Lezioni*, vol. IV, n. 345.

Capo VII

56. — Di fronte al giudizio di cassazione, che è il *iudicium rescindens* sull'azione di annullamento, il giudizio di rinvio dinanzi « all'Autorità giudiziaria uguale in grado a quella che pronunciò la sentenza cassata » (art. 544) è il *iudicium rescissorium* sulla controversia di merito, che si rende necessario dopoché, per l'annullamento della sentenza denunciata, è venuta meno quella decisione definitiva da cui tale controversia era stata chiusa. La sentenza della Suprema Corte che « cassa e rinvia » produce dunque una *riapertura* di un processo (di merito) che era già chiuso: ma tale processo, invece di riaprirsi dinanzi allo stesso giudice che inizialmente era per legge competente a decidere quella controversia, si riapre dinanzi al giudice designato nella decisione di rinvio, il quale riceve la sua competenza non dalla legge, ma dal provvedimento della Corte Suprema.

L'ufficio del giudice di rinvio è quello di ricostruire la decisione definitiva nei limiti in cui la Corte Suprema l'ha distrutta: di colmare, per dir così, con una nuova decisione totale o parziale, il vuoto, totale o parziale, aperto nella controversia di merito dalla pronuncia di cassazione. Giudizio di rinvio non può dunque esservi se non là dove l'annullamento abbia creato la necessità di un'ulteriore attività decisoria volta a definire la controversia: là dove, invece, l'annullamento sia avvenuto per un motivo che abbia reso impossibile o superfluo un ulteriore svolgimento di attività giudiziaria (o perché la Cassazione abbia ritenuto il rapporto sostanziale definitivamente deciso dalla sentenza di primo grado passata in giudicato, o perché abbia ritenuto che si trattasse di un rapporto sottratto al sindacato di qualsiasi Autorità giudiziaria) il giudizio di rinvio non ha luogo (cassazione *senza rinvio*).

Se questa funzione *ricostruttiva* del giudice di rinvio, conseguente alla funzione *distruttiva* della Cassazione, è agevolmente comprensibile nella sua portata generica, difficile è definirne con una formula i precisi limiti (409).

Il giudizio di rinvio è una conseguenza, ed in un certo senso un complemento, del giudizio di annullamento: e il problema della delimitazione dei poteri del giudice di rinvio non è che un aspetto del problema più generale concernente la estensione dei poteri della Corte di cassazione. La evoluzione storica che ha profondamente trasformato dalle sue origini l'istituto della Cassazione ha avuto le sue ripercus-

---

(409) Sul giudizio di rinvio, e su tutte le questioni a cui esso dà luogo, cfr. i due lavori recentissimi del Pavanini e del Provinciali, citati in Bibliografia, ai quali per brevità rimando una volta per sempre, omettendo ulteriori richiami specifici.

sioni anche sulla nozione del giudizio di rinvio, il quale, nella nostra legge come in quella francese, è retto da disposizioni troppo scarse ed in parte ormai anacronistiche, come quella che lascia al giudice di primo rinvio la libertà di « ribellarsi » all'opinione *in iure* della Corte Suprema: ond'è che la giurisprudenza, quando ha dovuto supplire alla insufficienza di tali disposizioni, si è trovata incerta tra il rimanere fedele a schemi storici tuttora consacrati nella lettera del diritto positivo, ma in parte sorpassati dalla dottrina, e l'aderire agli insegnamenti di questa che spesso, sotto colore di interpetrare il diritto vigente, fa in realtà opera di anticipazione dell'opinabile *ius condendum*.

Della incertezza di concezioni che regna in questa materia dibattutissima, si ha la prova nella molteplicità delle formule spesso tra loro contraddittorie che si trovano adottate da autori e da giudicati per tentar di riassumere in sintesi la natura, in realtà ibrida ed eterogenea, del giudizio di rinvio. Avviene spesso di leggere, nelle sentenze della stessa Suprema Corte, che « la sentenza di annullamento ha per effetto di rimettere le parti innanzi al giudice di rinvio nello stato processuale in cui erano il giorno in cui l'appello fu proposto » (410): parrebbe, a prendere alla lettera questa formula, che l'annullamento pronunciato dalla Cassazione dovesse colpire non soltanto la sentenza denunciata, ma altresì tutti gli atti del giudizio di secondo grado che l'ha preceduto, escluso l'atto con cui l'appello è stato proposto; e che di conseguenza, per far rivivere una situazione processuale perfettamente identica a quella vigente al momento della proposizione del gravame, il nuovo giudizio di secondo grado dovesse totalmente *rinnovarsi* dinanzi allo stesso giudice d'appello precedentemente adìto. Ma in realtà le cose non vanno così; non solo perché il rinvio pronunciato dalla Cassazione significa spostamento di competenza, e quindi variazione del giudice (il che basterebbe a togliere al giudizio di rinvio il carattere di una pura e semplice *riproduzione* del giudizio di appello), ma anche perché non è esatto che l'annullamento riporti la situazione processuale allo stesso punto in cui si trovava al momento della interposizione del gravame, quando in realtà, per l'art. 543 c.p.c., la cassazione colpisce la sentenza denunciata e gli atti *posteriori*, ma lascia sopravvivere (in quanto non siano essi stessi viziati) gli atti *anteriori* del processo di secondo grado, posti in essere tra la interposizione del gravame e la pronuncia della sentenza denunciata.

Viceversa, se si dovesse prendere alla lettera la disposizione dell'art. 543, bisognerebbe desumerne logicamente che il giudizio di

(410) Cfr. per es.: C. C., 16-I-1931 (*Giur. ital.*, 1931, I, 647).

rinvio in altro non possa consistere che nella riapertura, dinanzi a un giudice diverso da quello di appello, *della sola fase decisoria*, invariati restando i materiali istruttorî su cui la sentenza annullata era fondata. Ma così non è; perché, se da una parte la dottrina e la giurisprudenza ritengono che nel giudizio di rinvio conservino vigore le prove raccolte e le situazioni processuali verificatesi nel giudizio di appello, d'altro lato è opinione comune che nel giudizio di rinvio le parti vanno, come si dice, « a istruttoria aperta », nel senso che esse possono in quella sede dedurre nuove prove e nuove difese, anche nei casi in cui il vizio per cui la sentenza di appello è stata annullata sia stato un vizio inerente alla fase decisoria, il riconoscimento del quale non menoma in alcun modo la regolarità e la completezza della fase istruttoria svoltasi dinanzi al giudice di appello. Secondo questa concezione, dunque, il giudizio di rinvio non serve soltanto *per riprodurre* le attività processuali *viziate* a cui l'annullamento abbia tolto efficacia, ma altresì per *aggiungere*, alle attività processuali non colpite dall'annullamento e per questo rimaste efficaci anche dinanzi al giudice di rinvio, un supplemento di attività, attraverso il quale le parti possono dare alla controversia una impostazione defensionale più completa, ed anche diversa, da quella già data nel giudizio di appello.

D'altro lato non sarebbe neanche esatto dire che, siccome l'annullamento pronunciato dalla Corte di cassazione, riguarda soltanto la sentenza d'appello, e non gli atti anteriori, questi rimangono *in ogni caso* in vita in modo che le parti vengano a trovarsi, dopo la cassazione, nella situazione processuale in cui si trovavano immediatamente prima della pronuncia della sentenza cassata. Si deve considerare che molte volte la cassazione della sentenza avviene (v. *retro*, n. 25) non per un vizio *proprio* della sentenza ma per un vizio *derivato*, che risale ad una fase precedente a quella decisoria; ora in questi casi, quantunque non esistano nella nostra legge precise disposizioni per estendere l'annullamento agli atti anteriori alla sentenza, è certo che in sede di rinvio la irregolarità di questi atti, riconosciuta dalla Corte di cassazione, non potrà rimanere irrilevante, e che quindi non potranno conservare vigore nel giudizio di rinvio quelle attività processuali del giudizio di appello, alle quali la sentenza di rinvio abbia esteso la sua censura.

In conclusione, il giudizio di rinvio non può considerarsi né una mera *rinnovazione* o *riproduzione* della sola fase decisoria, né una *continuazione* del giudizio di appello, a partire dal punto in cui si trovava prima della pronuncia della sentenza cassata: esso è una nuova fase del rapporto processuale di merito (411) che, se da una

(411) Cfr. Chiovenda, *Istituz.*, vol. II, pag. 627.

parte serve a *rinnovare* o *riprodurre* le attività processuali del giudizio di appello annullate dalla Corte di cassazione, permette dall'altra alle parti di compiere altre attività *in aggiunta* a quelle compiute nel giudizio di appello, e rimaste in vigore perché non colpite dall'annullamento. Il giudizio di rinvio è dunque un misto di *rinnovazione* (o *riproduzione*) e di *continuazione* del giudizio di appello: a costruire questa nuova fase del rapporto processuale di merito il nuovo giudice procede in parte con materiali che si potrebbero chiamare di demolizione (quelli ancora utilizzabili del giudizio di appello) ed in parte con materiali nuovi o rinnovati, coordinando così tre ordini di atti: quelli appartenenti al precedente giudizio di appello e non colpiti da annullamento, quelli rinnovati in sede di rinvio in luogo di quelli del giudizio di appello colpiti da annullamento, e quelli compiuti nel giudizio di rinvio *in continuazione ed in aggiunta* di quelli, rimasti in vigore, del giudizio di appello.

57. — La sentenza della Corte Suprema che cassa e rinvia, attribuisce al giudice di rinvio una competenza *funzionale* che questi prima non possedeva: e contemporaneamente toglie al giudice di appello, la cui sentenza è stata cassata, quella competenza funzionale di secondo grado che esso possedeva, precostituita per legge, sulla controversia decisa. Questo spostamento di competenza, operato per il caso singolo dalla Corte Suprema, è un effetto caratteristico del rinvio vero e proprio, di cui qui soltanto si parla (v. *retro*, n. 53, *b*, β); in forza di questo spostamento il giudice di primo grado, la cui sentenza, in seguito alla cassazione di quella d'appello, torna in ogni caso (v. *retro*, n. 52, B, *a*) a rivivere, si trova ad avere nel giudice di rinvio un nuovo giudice d'appello (foro commissorio), diverso da quello che in origine era, territorialmente e funzionalmente, il suo « naturale » (nel senso dell'art. 71 dello Statuto) giudice di secondo grado: questo diretto rapporto funzionale tra il giudice di primo grado e il giudice di rinvio, perfettamente simile a quello che passava tra il giudice di primo grado e il precedente giudice di appello, si rivela esteriormente anche nella formula con cui il giudice di rinvio, come già quello di appello, usa « confermare » o « riformare » la sentenza del giudice di primo grado, che è tornata in vigore, come pronuncia sospensivamente condizionata, in seguito all'annullamento della prima sentenza di appello (412).

La competenza del giudice di rinvio, che ha natura funzionale

---

(412) C. C., 25-VI-1932 (*Rep. Foro ital.*, 1932, voce *Rinvio civile*, n. 11).

ed è quindi inderogabile (413), trova i suoi limiti nella pronuncia della Corte Suprema, la quale, come insegna il CHIOVENDA (414), « costituisce la legge dei poteri del giudice di rinvio ». Nel caso di cassazione parziale (cfr. oltre, n. 52, B, *b*), la competenza del giudice di rinvio è limitata al riesame dei soli capi cassati (e di quelli dipendenti: art. 543, capov.), e non si estende a quelli che, rimasti immuni dall'annullamento, costituiscono ormai giudicato. Il giudice di rinvio ha tuttavia competenza sulla propria competenza, nel senso che per determinare in quali limiti questa sussista, può interpetrare la sentenza della Corte Suprema che, disponendo il rinvio, glie l'ha attribuita; ma questa interpetrazione può poi formare oggetto di censura dinanzi alla stessa Corte Suprema (415) (cfr. oltre, n. 61; e nota 486 a pag. 139). La giurisprudenza ritiene altresì che il giudice di rinvio abbia potere, sempre sotto il profilo della indagine preliminare sulla propria competenza, di accertare se la sentenza di rinvio abbia i requisiti necessarî per la esistenza di una valida decisione, e di pronunciare, in difetto di tali requisiti, la improcedibilità del giudizio di rinvio per la mancanza di un titolo idoneo a investire il giudice della competenza a decidere sulla causa (416).

Lo spostamento di competenza operato dalla sentenza di rinvio ha carattere *permanente* (salvo il caso di un ulteriore spostamento prodotto, in un momento successivo, da nuovo rinvio in seguito a seconda cassazione): nel senso che la prosecuzione del giudizio fino a sentenza definitiva, anche se debba svolgersi attraverso diverse fasi, appartiene d'ora in avanti, definitivamente e totalmente, alla competenza del giudice di rinvio (417). Ciò vale anche nel caso in cui la cassazione sia stata parziale (418), o in cui la sentenza cassata fosse

---

(413) C. C., 7-IV-1932 (*Rep. Foro ital.*, 1932, voce *Rinvio*, nn. 12 e 13); Id., 6-VIII-1934 (*Ibid.*, 1934, n. 14); Id., 11-III-1937 (*Mass. Foro ital.*, 1937, n. 727, col. 164).

(414) CHIOVENDA, *Istituzioni*, vol. II, pag. 630.

(415) C. C., 9-VII-1926 (*Rep. Foro ital.*, 1926, voce *Cassazione*, n. 291); Id., 17-IV-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1301, col. 254); Id., 3-IV-1936 (*Ibid.*, 1936, n. 1170, col. 232); Id., 9-I-1936 (*Ibid.*, 1936, n. 28, col. 7).

(416) Cfr. C. A. Roma, 14-VI-1933 (*Foro ital.*, 1933, I, 841); C. A. Torino, 29-VII-1925 (*Rep. Foro ital.*, 1925, voce *Rinvio*, n. 18); C. A. Roma, 14-VI-1932 (*Foro ital.*, 1932, I, 1350, con nota di LIEBMAN).

(417) C. C., 25-VI-1931 (*Foro ital.*, 1931, I, 435). Cfr. in proposito CRISTOFOLINI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, 143. Se la Corte di cassazione ha rinviato a *diversa sezione*, la competenza appartiene d'ora innanzi a quella sezione: C. C., 14-XI-1927 (*Rep. Foro ital.*, 1927, voce *Competenza*, n. 217); cfr. però: Id., 14-VII-1927 (*Ibid.*, 1927, n. 216); Id., 19-IV-1926 (*Ibid.*, 1926, voce *Rinvio*, n. 11); Id., 27-II-1933 (*Ibid.*, 1933, voce *Competenza*, n. 269).

(418) C. C., 23-I-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, voce *Rinvio*, n. 6).

interlocutoria (419), o avesse deciso soltanto su una questione pregiudiziale (420); in genere si può dire che la competenza del giudice di rinvio si estende alla decisione di tutte le questioni che rimangono ancora insolute nell'àmbito della stessa causa, mentre riprenderebbe vigore la competenza normale, ove si trattasse di causa diversa (421). È da notare che il carattere permanente dello spostamento di competenza operato dalla sentenza di rinvio è soprattutto messo in luce dalla giurisprudenza nel caso in cui, avendo il giudice di rinvio, ai sensi dell'art. 492, rimandato la decisione del merito all'Autorità giudiziaria di primo grado, contro la sentenza definitiva di questa si voglia proporre nuovo appello: in tal caso la competenza a conoscere di questo appello e di tutti gli appelli che successivamente siano proposti nell'àmbito della stessa causa, permane nel giudice di rinvio (422), e non torna all'Autorità di secondo grado che normalmente sarebbe competente per territorio (423).

La competenza del giudice di rinvio si estende, per l'art. 571 capov., alle « controversie riguardanti la restituzione di quanto si fosse conseguito in dipendenza della sentenza cassata » (424). Il termine « restituzione » è inteso dalla giurisprudenza in senso ampio, nel senso di ripristinamento dello *status quo* preesistente alla sentenza cassata (425): quindi si fanno rientrare nella competenza del giudice di rinvio non solo le controversie relative al rimborso delle spese giudiziali pagate in seguito alla sentenza cassata o a quelle posteriori da essa dipendenti (426), ma altresì quelle relative al rilascio degli immobili oggetto di esecuzione forzata (427) o in genere alla restituzione

---

(419) C. C., 27-VII-1929 (*Rep. Foro ital.*, 1929, voce *Rinvio civile*, nn. 7 e 8).

(420) C. C., 3-IV-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1170, col. 232); cfr. 6-IV-1929 (*Rep. Foro ital.*, 1929, voce *Competenza*, n. 310); Id., 15-III-1928 (*Ibid.*, 1928, nn. 372 e 373); Id., 7-II-1930 (*Ibid.*, 1930, voce *Rinvio civile*, nn. 25 e 26).

(421) C. C., 3-IV-1936, cit.; cfr. Id., 31-I-1927 (*Rep. Foro ital.*, 1927, voce *Competenza*, nn. 214 e 215).

(422) Per una reazione a questo principio: cfr. Costa, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, II, 87 e segg.; e Carnelutti (*Ibid.*, 1931, I, 161).

(423) Cfr. per ultimo: C. C., 25-VI-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 2468, col. 554); Id., 22-XII-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934 voce *Rinvio*, nn. 15 e 16); Id., 6-VIII-1934 (*Ibid.*, 1934, n. 14), ecc.

(424) Sull'applicabilità del procedimento per ingiunzione a queste domande di restituzione, cfr. Fragali, in *Riv. dir. proc.*, 1929, I, 136.

(425) C. A. Catanzaro, 4-VIII-1932 (*Rep. Foro ital.*, 1932, voce *Rinvio*, nn. 34 e 35).

(426) C. C., 24-VII-1931 (*Rep. Foro ital.*, 1931, voce *Rinvio*, nn. 11 e 12); Id., 17-XI-1927 (*Giur. ital.*, 1928, I, 19).

(427) C. C., 14-XI-1931 (*Rep. Foro ital.*, 1931, voce *Rinvio*, nn. 40 e 41).

delle cose consegnate in esecuzione della sentenza cassata (428); al deposito di somma fatto per ottenere la sospensione della esecuzione mobiliare (429); alla cancellazione di ipoteche giudiziali, iscritte in base alla sentenza cassata (430); al risarcimento dei danni prodotti dalla esecuzione forzata della medesima (431). La competenza del giudice di rinvio a decidere sulle questioni concernenti le « restituzioni » è indipendente da quella sulla controversia di merito: sicché egli può provvedere sulle medesime tanto congiuntamente quanto separatamente dal giudizio di merito (432), ed anche prima che questo sia stato riassunto in sede di rinvio, dopo la sua definizione (433); quando, non essendo il merito della lite maturo per la decisione definitiva, la causa debba per il corso ulteriore essere rinviata al magistrato di prima istanza, il giudice di rinvio non può sospendere la decisione sulle domande di restituzione, né demandarla al giudice di primo grado (434).

La competenza del giudice di rinvio a decidere sulle controversie concernenti il rimborso delle spese giudiziali già pagate in ordine alla sentenza cassata (art. 571) (435), non va confusa colla competenza che il giudice di rinvio può avere a decidere sulle spese del giudizio di cassazione, quando la Corte Suprema, in base all'art. 542, gliene abbia delegato la attribuzione o la liquidazione (436); né colla competenza a decidere sulle spese dei gradi del giudizio di merito anteriori alla cassazione, sulle quali il giudice di rinvio, anche se la Corte di cassazione non abbia espressamente cassato il capo relativo, deve decidere in base al capoverso dell'art. 543 (437). Mentre in quest'ultimo caso il giudice di rinvio, se il merito non è maturo a decisione, può, insieme

---

(428) C. C., 18-IV-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1931, voce *Rinvio*, n. 25).

(429) C. C., 5-VII-1930 (*Rep. Foro ital.*, 1930, voce *Rinvio*, n. 21).

(430) C. A. Bari, 5-IX-1926 (*Rep. Foro ital.*, 1926, voce *Rinvio*, n. 24); Id., Trieste, 1-III-1934 (*Ibid.*, 1934, n. 28).

(431) C. C., 19-VII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 2855, col. 644); Id., 12-III-1931 (*Rep. Foro ital.*, 1931, voce *Rinvio*, n. 37).

(432) C. C., 16-VI-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Rinvio*, nn. 55-57); Id., 8-V-1934 (*Ibid.*, 1934, nn. 51 e 52).

(433) C. C., 3-VII-1929 (*Rep. Foro ital.*, 1929, voce *Rinvio*, n. 20); Id. 10-VIII-1934 (*Ibid.*, 1934, nn. 58 e 59).

(434) C. C., 27-VII-1929 (*Rep. Foro ital.*, 1929, voce *Rinvio*, nn. 5 e 6); Id., 12-XI-1927 (*Giur. ital.*, 1928, I, 56); Id., 2-V-1933 (*Foro ital.*, 1933, I, 1032). Cfr. però: C. C., 17-XII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 3673, col. 811).

(435) C. C., 12-IV-1928 (*Rep. Foro ital.*, 1928, voce *Rinvio*, n. 26).

(436) C. C., 15-VI-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Rinvio*, n. 27).

(437) C. C., 31-I-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, voce *Rinvio*, nn. 20 e 21); Id., 21-I-1933 (*Ibid.*, 1933, n. 19); Id., 1-VII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 2548, col. 574).

con esso, rimandare al giudice di primo grado anche il provvedimento sulle spese dei precorsi gradi del giudizio, nel caso precedente il giudice di rinvio non può demandare al giudice di primo grado la pronuncia sulle spese del giudizio di cassazione, delegatagli dalla sentenza di rinvio (438).

58. — Sul momento costitutivo del giudizio di rinvio (439) e sulle facoltà che hanno le parti nello svolgimento di questa nuova fase del rapporto processuale, si dibattono nella dottrina e nella pratica una quantità di questioni, di cui dobbiamo limitarci qui a ricordare le più importanti.

a) Qual è l'atto con cui si costituisce il giudizio di rinvio? Secondo l'autorevole opinione del CHIOVENDA (440) l'atto costitutivo sarebbe la stessa sentenza di cassazione e non la citazione a comparire dinanzi al giudice di rinvio (art. 546 capov.), la quale avrebbe lo stesso valore di una riassunzione di un processo già pendente: secondo l'opinione prevalente in giurisprudenza, invece, il rapporto processuale di rinvio non potrebbe dirsi pendente prima del surricordato atto di citazione (441). La risoluzione di questo problema si ripercuote su quello, dibattutissimo, della decorrenza del termine di perenzione del giudizio di rinvio: la quale, secondo che si adotti l'una o l'altra delle due opinioni, deve ritenersi iniziata dalla data di pronuncia della sentenza di cassazione, ovvero da quello della citazione dinanzi al giudice di rinvio (442). Questa seconda opinione, prevalente in giurisprudenza, parte dal considerare che la sentenza che cassa e rinvia ha carattere definitivo (del giudizio di cassazione) e non può quindi lasciare pendente dietro di sé, come se si trattasse di una sentenza interlocutoria, il rapporto processuale da essa definito (443); in realtà però tale argomentazione non sembra decisiva, perché fa confusione tra il rapporto processuale di cassazione (avente per oggetto il diritto di impugnativa), che la pronuncia della Corte Suprema definitivamente chiude, e il rapporto processuale di merito che viene a trovarsi

---

(438) C. C., 16-VII-1931 (*Rep. Foro ital.*, 1931, voce *Rinvio*, nn. 38 e 39).

(439) Il collegio di rinvio è validamente costituito anche se ad esso prende parte un giudice già componente il collegio che decise la sentenza cassata: C. C., 3-IV-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1156, col. 228).

(440) CHIOVENDA, *Istituz.*, vol. II, pag. 626, n. 419.

(441) C. A. Bari, 18-V-1931 (*Rep. Foro ital.*, 1931, voce *Rinvio*, n. 34); Id., Bologna, 7-III-1927 (*Ibid.*, 1927, voce *Perenzione*, n. 14).

(442) Cfr. CHIOVENDA, *Istituz.*, II, pag. 631; SEGNI, in *Rivista dir. proc. civ.*, 1926, II, 277; cfr. anche nota 481, oltre.

(443) C. A. Catanzaro, 3-X-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Perenzione*, n. 44); Id., Bari, 9-III-1934 (*Ibid.*, 1934, n. 21).

riaperto in forza dell'annullamento, pronunciato dalla Corte Suprema, della sentenza definitiva che lo chiudeva.

La citazione in sede di rinvio è validamente notificata al domicilio eletto nelle precedenti fasi del giudizio di merito, a meno che tale elezione non abbia perduto vigore per diversa manifestazione di volontà della parte (444). La notificazione della sentenza che cassa, di cui parla l'art. 546, non è condizione di procedibilità del giudizio di rinvio: in pratica basta la produzione, dinanzi al giudice di rinvio, di una copia autentica di detta sentenza (445).

b) Quali sono, nel giudizio di rinvio, le facoltà delle parti? Sulla risposta da dare a questa domanda, sorgono nella dottrina e nella pratica gravissimi dissidî.

Si è già detto che il giudice di rinvio si trova, nei confronti della sentenza di primo grado, nella stessa posizione in cui si trovava di fronte ad essa il giudice di appello: il giudizio di rinvio funziona quindi, al pari dell'appello, come un *novum iudicium*, che, in forza dell'effetto devolutivo porta alla cognizione del giudice designato dalla Corte Suprema la controversia tutta intera (tolti i capi e le questioni su cui si sia formato il giudicato o la preclusione in caso di cassazione parziale, oltre, n. 59). Si applicano quindi al giudizio di rinvio, sotto questo profilo, le disposizioni che regolano le facoltà delle parti nel giudizio di appello (446). Non sono ammesse nel giudizio di rinvio domande nuove che non avrebbero potuto esser proposte neanche in appello (447); ma sono ammesse nuove eccezioni (purché, come si dirà, non siano precluse in seguito al giudizio di cassazione: oltre, n. 59) (448) e nuove prove (449) (art. 490). Tale libertà di nuove deduzioni e prove è consentita in sede di rinvio non solo in relazione al giudizio di primo grado, ma altresì in relazione al giudizio di appello:

---

(444) C. C., 15-XII-1933 (*Foro ital.*, 1934, I, 406).

(445) Giurisprudenza costante. Cfr. per ultimo: C. A. Bari, 9-III-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Rinvio civile*, n. 43).

(446) C. C., 20-VI-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, voce *Rinvio*, n. 25).

(447) C. C., 13-III-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, voce *Rinvio*, nn. 22 e 24); Id. 2-V-1932 (*Ibid.*, 1932, voce *Rinvio*, n. 33); Id. 9-V-1930 (*Ibid.*, 1930, voce *Rinvio*, n. 14).

(448) C. C., 28-V-1928 (eccezione di cosa giudicata) (*Rep. Foro ital.*, 1928, voce *Rinvio*, nn. 10-12); Id., 17-V-1929 (eccezione di incompetenza) (*Ibid.*, 1929, voce *Competenza*, n. 313); Id., 9-III-1932 (eccezione di inammissibilità dell'appello per decorrenza del termine) (*Ibid.*, 1932, voce *Rinvio*, n. 24); cfr. però: Id., 30-VI-1932 (*Ibid.*, 1932, voce *Rinvio*, n. 26).

(449) C. C., 15-II-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Rinvio*, n. 34); Id., 14-V-1930 (*Foro ital.*, 1930, I, 917); Id., 13-IX-1924 (nuovi documenti) (*Rep. Foro ital.*, 1924, voce *Rinvio*, n. 7).

la disposizione dell'art. 490, secondo la quale in appello possono proporsi nuove eccezioni e nuove prove non proposte (ma proponibili) in primo grado, si applica in sede di rinvio in un senso più vasto, in quanto si ritengono proponibili in sede di rinvio anche le eccezioni e prove che non siano state proposte né nel giudizio di primo grado *né in quello di secondo grado* (450). Per estensione della disposizione contenuta nel capov. dell'art. 490, è consentita in sede di rinvio la domanda di risarcimento dei danni sofferti *dopo la sentenza d'appello cassata* (451); e (come, secondo la giurisprudenza, in appello) è consentito anche in sede di rinvio il mutamento della *causa petendi* (452). Sono applicabili, anche in sede di rinvio, le disposizioni degli artt. 492-493 (453).

Senonché, mentre sotto il profilo finora esposto, le attività delle parti appaiono in sede di rinvio assolutamente svincolate dalle attività svolte in sede di appello, come se, colla cassazione della sentenza d'appello, fosse caduta nel nulla l'intera fase di seconda istanza, affiora d'altra parte in una quantità di applicazioni pratiche il criterio opposto, secondo il quale, limitandosi l'annullamento pronunciato dalla Corte di cassazione alla sola sentenza di appello senza estendersi agli atti anteriori, anche in sede di rinvio le parti debbono considerarsi vincolate dalle attività validamente compiute nel giudizio di appello e dalle situazioni processuali che in esso si siano verificate. Si ritiene infatti che le prove raccolte nel giudizio di appello conservino (in quanto l'annullamento della sentenza non abbia avuto luogo per un vizio derivato, riferibile alla fase istruttoria) piena efficacia, e possano essere liberamente valutate dal giudice di rinvio (454); e che, se in sede di appello una parte è decaduta dal diritto di eseguire una prova, questa decadenza conservi in sede di rinvio la sua forza preclusiva (455). In tal modo si segue un criterio assolutamente contrario a quello precedentemente esposto: il comportamento tenuto dalle parti nel giudizio di appello non si cancella, ma mantiene così, anche nel giudizio di rinvio, i suoi effetti positivi o negativi (preclusione) (456).

---

(450) C. C., 12-I-1926 (*Rep. Foro ital.*, 1926, voce *Rinvio*, n. 1); Id., 17-I-1934 (*Ibid.*, 1934, voce *Rinvio*, n. 30).

(451) C. C., 26-IV-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, voce *Rinvio*, n. 26).

(452) C. C., 9-V-1930 (*Rep. Foro ital.*, 1930, voce *Rinvio*, n. 12); C. A. Bologna, 4-VIII-1933 (*Ibid.*, 1934, voce *Rinvio*, nn. 7 e 8).

(453) C. C., 7-V-1930 (*Rep. Foro ital.*, 1930, voce *Rinvio*, n. 15).

(454) C. C., 14-VII-1932 (*Rep. Foro ital.*, 1932, voce *Rinvio*, n. 21).

(455) C. C., 18-VII-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 2828, col. 638).

(456) C. A. Milano, 20-I-1931 (*Monit. trib.*, 1931, 391); Id., Torino, 29-VII-1931 (*Rep. Foro ital.*, 1931, voce *Rinvio*, n. 17); Chiovenda, *Istituzioni*, cit.,

È facile intendere come questo secondo criterio sia assai spesso inconciliabile in pratica col principio che vede nel giudizio di rinvio una rinnovazione pura e semplice del giudizio di appello; ma le difficoltà pratiche di conciliare tra loro le due opposte concezioni aumentano quando si consideri che molte delle preclusioni compiutesi nella fase di appello (che, secondo l'opinione ricordata, dovrebbero conservare piena efficacia in sede di rinvio) si sono verificate per il decorso di termini che nella fase di rinvio vengono necessariamente riaperti (tali le preclusioni che in appello si possono esser verificate per non aver preposto una certa eccezione o non aver compiuto una certa attività nella prima comparsa, ovvero nell'udienza di trattazione della causa: cfr. per la proponibilità in sede di rinvio dell'appello *incidentale*, oltre, n. 59).

Difficoltà analoghe si presentano quando si tratta di decidere se nel giudizio di rinvio si possano applicare per la prima volta le disposizioni preclusive dettate dalla legge per il giudizio di appello. Dibattutissima è in proposito la questione dell'applicabilità al giudizio di rinvio delle norme concernenti il rigetto dell'appello senza esame (art. 489 c.p.c.; artt. 51-52 R.D. 31 agosto 1901), che la giurisprudenza unanime risolve in senso affermativo (457), mentre la dottrina osserva che, se l'appellante è comparso regolarmente nel giudizio di appello ed in questo si è difeso, la sua mancata comparizione in sede di rinvio non fa venir meno le attività defensionali da lui già svolte nella fase precedente, delle quali il giudice di rinvio ha il dovere di tener conto (458).

È disputato altresì se la parte comparsa in sede di appello possa esser considerata contumace ove non compaia nuovamente in sede di rinvio (459): e gravi questioni, che l'indole di questo lavoro non ci permette di approfondire, sorgono per determinare la posizione delle parti nel giudizio di rinvio in caso di litisconsorzio (460).

---

(457) Cfr. per ultimo: C. C., 12-II-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 506, col. 108); Id., 23-V-1928 (*Giur. ital.*, 1928, I, 1135).

(458) Cfr. per una rassegna della dottrina in proposito, CALAMANDREI, in *Riv. dir. comm.*, 1920, 441 e segg.; CHIOVENDA, *Istituz.*, vol. II, pag. 628.

(459) CHIOVENDA, *Istituz.*, vol. II, pag. 628; C. A. Bari, 22-XI-1929 (*Rep. Foro ital.*, 1930, voce *Rinvio*, n. 9); Id., Milano, 16-V-1933 (*Ibid.*, 1934, n. 50); Id., Palermo, 12-I-1926 (*Ibid.*, 1926, voce *Rinvio*, n. 7); Id., Milano, 5-II-1932 (*Ibid.*, 1932, voce *Rinvio*, n. 29).

(460) C. C., 24-VI-1933 (integrazione del giudizio) (*Rep. Foro ital.*, 1933, voce *Rinvio*, n. 18); Id., 18-X-1924 (partecipazione del coappellato al giudizio di rinvio) (*Ibid.*, 1924, n. 5); C. A. Perugia, 9-VII-1928 (appello adesivo) (*Ibid.*, 1928, voce *Rinvio*, n. 20).

59. — La cognizione del giudice di rinvio ha la stessa estensione di quella del giudice di appello, se la sentenza del giudice di appello è stata annullata interamente (cassazione *totale*); ma, nel caso di cassazione *parziale*, il giudizio di rinvio non si estende a quei capi della controversia sui quali si è ormai formato il giudicato.

Il principio non dà luogo a serie difficoltà quando la sentenza di appello aveva più capi, corrispondenti ciascuno a una diversa domanda (cumulo obiettivo): in tal caso, se soltanto contro alcuni capi fu proposto ricorso in cassazione, o se soltanto contro alcuni il ricorso fu accolto, la sentenza di appello è passata in giudicato sui capi non annullati, e su questi capi già decisi (ciascuno dei quali vale ormai come un atto giurisdizionale completo ed autonomo, concernente una concreta volontà di legge di per sé stante) non si può tornare a discutere in sede di rinvio, se non si vuol andar contro l'autorità della cosa giudicata. Si è già detto che, per l'art. 543 capov., si devono considerare implicitamente annullati (e quindi soggetti al riesame del giudice di rinvio) i capi *dipendenti* da quelli cassati (461).

Ma il problema è più difficile quando, essendo rivolta la impugnativa contro un solo capo della sentenza di appello (contro la statuizione, cioè, concernente una sola concreta volontà di legge) questo capo si appoggi, come conclusione, alla risoluzione di diverse *questioni*, ciascuna delle quali possa essere oggetto di separata censura in cassazione. Se, ad esempio (462), la sentenza d'appello, per riconoscere esistente nella parte vincitrice il diritto da questa affermato, ha dovuto previamente riconoscere esistenti, risolvendo a suo favore altrettante questioni, diverse condizioni dal concorso delle quali quel diritto dipende, potrà darsi che i motivi di cassazione proposti dalla parte ricorrente (o in ogni modo quelli accolti dal Supremo Collegio) investano soltanto alcune delle questioni risolte dal giudice di appello, e che la soluzione data da questo alle altre rimanga pertanto *incensurata*. In un caso siffatto, potrà il giudice di rinvio riprendere in esame, ed eventualmente decidere in senso contrario, quelle stesse questioni già risolte dal giudice d'appello, che sono rimaste immuni da censura? Giurisprudenza e dottrina rispondono unanimemente di no; ma mentre la giurisprudenza vede anche in questo caso un feno-

---

(461) C. C., 8-IV-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, voce *Rinvio*, n. 2); Id. 6-VIII-1925 (*Ibid.*, 1925, voce *Rinvio*, nn. 9-11); Id., 24-VIII-1925 (*Ibid.*, 1925, nn. 12 e 13); Id., 27-II-1925 (*Ibid.*, 1925, nn. 1 e 2); Id., 6-III-1925 (*Ibid.*, 1925, nn. 3-6); Id., 8-III-1930 (*Ibid.*, 1930, voce *Rinvio*, nn. 4 e 5). La giurisprudenza distingue tra capi *dipendenti* e capi *subordinati*: C. C., 30-III-1933 (*Foro ital.*, 1933, I, 1, 1670). Cfr. anche Segré, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, 3.

(462) Cfr. Chiovenda, *Istituz.*, vol. II, pagg. 628 e 629.

meno di cosa giudicata e identifica le questioni coi capi (463), la dottrina, partendo dal principio che il giudicato si forma sulla conclusione ultima del sillogismo giudiziale e non sulle questioni che si presentano come tappe della motivazione, preferisce qui parlare di preclusione. Analogo problema si presenta per il caso inverso (464), che si verifica quando, avendo il convenuto opposto varie eccezioni, ciascuna di per sé in astratto sufficiente a far respingere la domanda, la sentenza di appello ritiene fondata in concreto una sola di esse e solo per questa dà torto all'attore: se l'attore soccombente ricorre in cassazione, e la Corte Suprema accoglie il ricorso perché ritiene che nel giudicare sulla fondatezza dell'unica eccezione accolta la sentenza di appello sia incorsa in un errore di diritto, potrà in sede di rinvio il convenuto soccombente risollevare le altre eccezioni che il giudice di appello, nella sentenza annullata, aveva respinte? Anche qui la giurisprudenza adotta la soluzione negativa: in quanto, non avendo il ricorso in cassazione effetto devolutivo, le questioni non investite dal ricorso rimangono coperte dal giudicato (*rectius*, preclusione) ove il convenuto vincitore in appello non abbia provveduto a cautelarsi col denunciare, mediante ricorso *condizionato* (*retro*, n. 37), quella parte della sentenza che aveva respinto le altre sue eccezioni (465); ma una parte della dottrina opina diversamente, in quanto la parte vincitrice in appello sarebbe priva di interesse pratico a ricorrere contro la motivazione di una sentenza che nel dispositivo le dà pienamente ragione (466).

Certo è che proprio nella discussione di queste questioni pratiche si precisano e si affinano i concetti teorici intorno alle funzioni del ricorso in cassazione: il quale dunque appare idoneo, come diritto di impugnativa del quale ogni violazione di legge costituisce una separata *causa petendi*, a investire non soltanto tutta intera la sentenza, ma anche una frazione isolata della sua motivazione. Il concetto di capo,

---

(463) C. C., 16-I-1935 (*Mass. Foro ital.*, 1935, n. 315, col. 69); Id., 16-III-1936 (*Ibid.*, 1936, n. 922, col. 185); Id., 18-VII-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 2828, col. 638). Sulla nozione di capo e di questione in cassazione, cfr. C. A. Genova, 5-III-1928 (*Rep. Foro ital.*, 1928, voce *Rinvio*, n. 6); Id., Aquila, 24-VII-1934 (*Ibid.*, 1934, nn. 10-12); Id., Torino, 15-I-1926 (*Ibid.*, 1926, voce *Rinvio*, n. 10); Id., Bologna, 15-VII-1927 (*Ibid.*, 1927, voce *Cassazione*, n. 236).

(464) Chiovenda, *Istituz.*, vol. II, pag. 629.

(465) C. C., 15-I-1927 (*Rep. Foro italiano*, 1927, voce *Rinvio*, nn. 1-3); Id., 11-III-1931 (*Ibid.*, 1931, voce *Rinvio*, n. 15); Id., 18-IV-1931 (*Ibid.*, 1931, voce *Rinvio*, n. 16); Id., 10-XII-1928 (*Ibid.*, 1928, voce *Rinvio*, n. 5); C. A. Torino, 13-XI-1933 (*Ibid.*, 1934, voce *Rinvio*, n. 5).

(466) Chiovenda, op. cit., pag. 630; Scialoja V., in *Foro ital.*, 1900, 1245; Betti, op. cit., pagg. 711 e 712.

di cui parla l'art. 543, dev'essere qui messo in relazione colla natura di questo diritto di impugnativa; il concetto di cassazione *parziale* non è limitato, infatti, alla sola ipotesi di sentenza contenente più capi ed annullata soltanto in alcuni di essi, ma si estende altresì alla ipotesi di sentenza contenente un capo solo, ed annullata soltanto in alcune delle questioni da cui quel capo dipende: in questo ultimo caso la sentenza di appello che, come giudicato è stata interamente cassata, rimane in vita, *nei confronti del solo giudice di rinvio* (cioè nell'àmbito dello stesso processo) come risoluzione di questioni preparatorie del (nuovo) giudicato; talché si può dire che la sentenza del giudice di rinvio, che per le questioni coperte dalla preclusione deve attenersi alla risoluzione data ad esse dalla sentenza cassata, si presenta qui come una sentenza *soggettivamente complessa*, perché alla preparazione delle sue premesse ha preso parte, come collaboratore necessario, il giudice d'appello.

È opportuno rilevare come proprio in omaggio ai principî enunciati fin qui, si debba risolvere in senso negativo il problema, un tempo dibattutissimo, della proponibilità, per la prima volta in sede di rinvio dell'appello incidentale (467): se dinanzi al giudice di appello l'appellato non ha proposto appello incidentale sui capi della sentenza di appello a lui sfavorevoli, su questi capi si è formato, *già prima della sentenza di appello*, il giudicato; e come contro questi capi, non impugnati con appello incidentale, l'appellato non avrebbe potuto ricorrere in cassazione (perché non sono denunciabili in cassazione le sentenze di primo grado passate in giudicato per acquiescenza), così *a fortiori* egli non può rimetterli in discussione in sede di rinvio, dato che la cassazione della sentenza d'appello non ha potuto togliere vigore a quella parte della sentenza di primo grado che, per non essere stata appellata, era passata in giudicato.

Il divieto della *reformatio in peius*, che nel giudizio di appello trova un temperamento nell'istituto dell'appello incidentale, riprende nel giudizio di rinvio il suo pieno vigore (468), nel senso che la sentenza del giudice di rinvio non può essere per l'appellante più sfavo-

---

(467) Per la negativa sono ora la dottrina e la giurisprudenza unanime; per la dottrina, cfr. CHIOVENDA, *Istituz.*, vol. II, pag. 628; per la giurisprudenza, C. C., 12-V-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, voce *Rinvio*, nn. 29 e 30); Id., 18-XII-1929 (*Ibid.*, 1929, voce *Rinvio*, nn. 23 e 24). Si ritiene però che l'appello incidentale sia proponibile in sede di rinvio, qualora l'appellato sia rimasto contumace in appello: CHIOVENDA, op. e loc. cit.; C. A. Brescia, 4-IV-1934 (*Ibid.*, 1934, voce *Rinvio*, n. 44).

(468) C. C., 12-IX-1925 (*Rep. Foro ital.*, 1925, voce *Appello civile*, nn. 28 e 29); BETTI, op. cit., pag. 710.

revole di quanto fosse la sentenza *di primo grado*; il che non esclude, si intende, che la sentenza del giudice di rinvio possa essere per il ricorrente più sfavorevole della sentenza cassata, data la libertà che ha il giudice di rinvio di riesaminare *in toto* la controversia nei limiti dell'annullamento (469).

60. — Dopo aver visto quali sono, in estensione, i limiti entro i quali è contenuto il *thema decidendum* del giudizio di rinvio, dobbiamo ora vedere quali sono, in *profondità*, i poteri di riesame attribuiti al giudice in questa nuova fase del processo.

a) Dobbiamo ricordare anzitutto che al giudice di rinvio non può presentarsi la questione della propria competenza se non nel senso di una questione di interpetrazione di quella sentenza della Corte Suprema che glie l'ha attribuita (*retro*, n. 57). Nel caso in cui la cassazione sia avvenuta « per violazione delle norme sulla competenza » e sia stato disposto in conseguenza il « rimando » al giudice competente, questo non può rimettere in discussione la questione della propria competenza, perché sulla medesima la Corte regolatrice ha positivamente *statuito* (art. 544, 1ª parte). Ma anche quando si tratti di vero e proprio *rinvio* (art. 544 capov.), il giudice di rinvio ha la fonte della propria competenza nella sentenza della Corte di cassazione, e non può far altro che prenderne atto; si può dunque applicare anche alla Cassazione civile la regola scritta nell'art. 544 c.p.p., secondo il quale « nel giudizio di rinvio non è ammessa discussione sulla competenza attribuita con la sentenza di annullamento ».

b) Quando la cassazione con rinvio è avvenuta per *errores in procedendo*, si insegna autorevolmente (470) che il giudice di rinvio è « vincolato » dalle statuizioni contenute sul rapporto processuale nella sentenza di rinvio. L'insegnamento è certo esatto, nel senso che il giudice di rinvio non potrebbe, senza eccedere dai suoi poteri, entrare a riesaminare se l'*error in procedendo* per cui la Corte di cassazione ha annullato la sentenza denunciata fosse o no sussistente; ma forse non sembra opportuno parlare qui di « vincolo » del giudice di rinvio, quasi che si trattasse di un fenomeno simile a quello del vero e proprio vincolo che si può verificare, nei casi che tra poco esamineremo, quando la cassazione sia avvenuta per *error in iudicando*. In realtà, le questioni relative agli *errores in procedendo* della sentenza di appello, sono definitivamente decise dalla sentenza della Corte Su-

---

(469) Chiovenda, *Istituz.*, vol. II, pag. 628.

(470) Chiovenda, *Istituz.*, vol. II, n. 414 in fine; n. 418, *a*, *b*, e pag. 630. Cfr. anche la mia *Cassazione*, vol. II, pagg. 272 e 273.

prema, che in quanto accerta e soddisfa l'azione di annullamento, ha carattere di un vero e proprio giudicato (*retro*, n. 55); esse, pertanto, non possono mai costituire materia di riesame da parte del giudice di rinvio, perché non costituiscono materia di rinvio. Ciò che si riapre dinanzi al giudice di rinvio è la controversia di merito (quella su cui il giudice di appello era chiamato a giudicare), ma non la questione della regolarità del procedimento d'appello, che è definitivamente chiusa nel giudizio di cassazione: e quindi, mentre nel caso di cassazione per *error in iudicando*, l'opinione di diritto espressa dalla Corte di cassazione può costituire in certi casi per il giudice di rinvio un vero e proprio « vincolo », cioè una limitazione della sua libertà di decisione concernente proprio quella controversia che egli è chiamato a riesaminare, nel caso di cassazione per *error in procedendo* si può parlare di vincolo nel senso ben diverso di rispetto del giudicato e di mancanza nel giudice di rinvio di ogni potere di riesame nei confronti di una questione già definitivamente decisa dalla Corte di cassazione. Per il caso in cui la cassazione sia stata pronunciata su un *error in iudicando* concernente la interpetrazione di una norma di diritto processuale (*retro*, n. 28 in fine), cfr. oltre, in questo stesso numero 60, *c*, II.

c) Quando la cassazione sia stata pronunciata per *error in iudicando* (violazione o falsa applicazione di legge), bisogna distinguere, in conformità di quanto già si è detto parlando degli effetti della sentenza di cassazione, i casi in cui questa non ha per il giudice di rinvio efficacia vincolante (primo rinvio del processo civile ordinario), dai casi in cui ha efficacia vincolante « sul punto di diritto » (secondo rinvio dopo cassazione « per gli stessi motivi » del processo civile ordinario; primo rinvio nei procedimenti speciali indicati *retro*, n. 53 in fine).

I. Nel processo civile ordinario il giudice di primo rinvio « ha competenza piena ed inderogabile a statuire sulla controversia con libertà di valutare gli elementi di fatto e di disporre anche i mezzi istruttorî relativi, nonché di vagliare le ragioni di diritto come se la sentenza cassata (eccettuato i capi di essa rimasti fermi) non fosse stata mai pronunciata e la causa venisse a lui per la prima volta » (471). Il giudice di rinvio ha quindi illimitata libertà di decisione non solo sulla questione di fatto, sia in base a una nuova valutazione delle risultanze probatorie acquistate nel giudizio d'appello (472), sia in base alle nuove prove dedotte in sede di rinvio (473), ma altresì sulle que-

---

(471) C. C., 27-I-1934 (*Rep. Foro ital.*, 1934, voce *Rinvio*, n. 17).
(472) C. C., 21-II, 2-V-1933 (*Rep. Foro ital.*, 1933, voce *Rinvio*, nn. 13 e 14).
(473) C. C., 7-V-1930 (*Rep. Foro ital.*, 1930, voce *Rinvio*, n. 15).

stioni di diritto, che esso ha il potere e il dovere di riesaminare con piena autonomia di giudizio, allontanandosi dalla opinione espressa dalla Corte Suprema ove questa non lo persuada (474): tale opinione può dunque esercitare di fatto sulla decisione del giudice di rinvio una certa efficacia razionale, ma non ha per lui alcuna efficacia giuridica. La libertà di cui gode il giudice di rinvio, di non uniformarsi alla opinione della Corte di cassazione sul punto di diritto, che costituisce una delle premesse della nuova decisione di merito, si indica nella pratica colla denominazione di « potere di ribellione ». Ma per aversi « ribellione » (il che, come vedremo, dà luogo a particolari conseguenze per ciò che concerne la proponibilità del nuovo ricorso) occorre che la questione di diritto, sulla quale il giudice di rinvio mostra di dissentire dalla opinione della Corte Suprema, sia posta negli stessi termini di fatto in cui si trova prospettata nella sentenza di cassazione; perché, se il giudice di rinvio, per diversa valutazione o per nuova acquisizione di risultanze probatorie, dà alla questione di fatto (com'è libero di fare) una configurazione diversa da quella presupposta dalla Cassazione, esso può pervenire a una soluzione di diritto diversa da quella seguìta dalla Corte Suprema, senza con ciò commettere ribellione (475); lo stesso può fare, senza con ciò « ribellarsi », quando risolva in modo diverso la questione di diritto in accoglimento di una eccezione proposta per la prima volta nel giudizio di rinvio (476). Né si può parlare di « ribellione » quando il giudice di rinvio decida nello stesso modo in cui aveva deciso la sentenza d'appello, quando questa sia stata cassata per difetto di motivazione (477).

II. La « ribellione » del giudice di rinvio non è possibile quando la cassazione è avvenuta per *error in procedendo*: se il giudice di rinvio ricadesse in un *error in procedendo* simile a quello per cui è avvenuta la prima cassazione, non si avrebbe *diversità di opinione nel giudicare sulla stessa questione* (in questo caso soltanto può parlarsi di « ribellione »), ma compimento di una nuova *attività* viziata come la prima, ma diversa da essa (478). Ribellione potrebbe aversi però quando la cassazione fosse avvenuta per *error in iudicando* su una norma di diritto processuale.

---

(474) C. C., 26-III-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 1054, col. 210); Id., 29-VII-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 3120, col. 698).

(475) C. C., 4-III-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 756, col. 153); Id., 15-IV-1937 (*Mass.*, 1937, n. 1137, col. 261); Id., 5-VII-1937 (*Ibid.*, 1937, n. 2303, col. 508).

(476) C. C., 17-XI-1930 (*Rep. Foro ital.*, 1930, voce *Rinvio*, n. 6).

(477) C. C., 12-IV-1927 (*Rep. Foro ital.*, 1927, voce *Rinvio*, n. 25).

(478) La mia *Cassazione*, vol. II, pag. 273, nota.

La opinione espressa dalla Cassazione sul punto di diritto ha invece efficacia vincolante per il giudice di rinvio in due casi: 1°) ciò avviene nel processo civile ordinario (art. 547), quando, essendosi il giudice di primo rinvio « ribellato » (nel senso stretto sopra indicato) alla opinione espressa dalla Corte Suprema nella prima sentenza di cassazione, la sentenza del giudice di rinvio sia nuovamente impugnata « per gli stessi motivi » dinanzi alla Corte a sezioni unite, e questa « per gli stessi motivi per cui fu cassata la prima » (sentenza d'appello) abbia cassato anche la seconda sentenza (del giudice di rinvio), rinviando per la decisione definitiva a un altro giudice di (secondo) rinvio; 2°) lo stesso avviene, fino dal primo giudizio di rinvio, in diversi procedimenti speciali, nei quali si è giustamente abolita fin dal primo rinvio la facoltà di « ribellione » che costituisce indubbiamente un anacronismo.

In questi casi, in cui il giudice di rinvio (secondo rinvio, nel processo civile ordinario; primo rinvio, nei procedimenti speciali surricordati) è tenuto (art. 547 capov.) « a conformarsi alla decisione della Corte di cassazione sul punto di diritto sul quale essa ha pronunciato » (« uniformarsi alla sentenza della Corte di cassazione per ciò che concerne ogni questione di diritto con essa decisa », dice l'art. 546 c.p.p.), l'efficacia vincolante che ha la decisione della Corte di cassazione sul giudizio di merito dev'essere considerata non come un caso di cosa giudicata, ma come un caso di preclusione (479). La soluzione data dalla Corte di cassazione alla questione di diritto, che essa ha incontrato come punto pregiudiziale per decidere sull'azione di impugnativa (per stabilire, cioè, la sussistenza nella sentenza denunciata di quell'errore di diritto che era il titolo dell'azione di annullamento), dev'essere obbligatoriamente utilizzata dal giudice di rinvio come soluzione già preparata della stessa questione di diritto, che si ripresenta a lui come punto pregiudiziale della controversia di merito. Si ha qui il fenomeno di due diverse cause (causa di impugnativa, causa di merito) in ambedue le quali si presenta pregiudizialmente, a fini diversi, la stessa questione di diritto (qualcosa di simile, per la questione di fatto, si ha nel caso previsto dall'art. 28 c.p.p.): invece di lasciare che in ciascuna causa la stessa questione di diritto sia riesaminata *ex novo* da ciascun giudice secondo i proprî criteri (come avviene nel caso di primo rinvio nel processo ordinario), la legge impone qui al secondo giudice (giudice di rinvio) di utilizzare, per la decisione a lui demandata, il lavoro già compiuto dal primo giudice (Corte di cassazione),

---

(479) Chiovenda, *Istituzioni*, vol. II, pag. 483, lett. *c*; la mia *Cassazione*, vol. II, n. 110; Carnelutti, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 229; Schönke, op. cit. in Bibliografia.

in modo che la sentenza definitiva, che è un tipico esempio di sentenza *soggettivamente complessa*, rappresenti il resultato di una collaborazione tra due organi giudiziarî diversi, di cui uno, la Corte di cassazione, si limita a fornire una parte delle premesse (premessa di diritto), da cui l'altro, il giudice di rinvio, trarrà la conclusione.

L'efficacia vincolante che in questi casi ha per il giudice di rinvio la decisione data dalla Cassazione alla questione di diritto, lo lascia tuttavia libero di configurare diversamente la questione di fatto, e di sottrarsi così all'applicazione dei criterî giuridici dettati dalla Corte Suprema? Nessuna disposizione di legge autorizza a rispondere negativamente a tale quesito, ed a ritenere che nel giudizio di secondo rinvio la valutazione dei fatti sia meno libera che nel primo giudizio di rinvio: tuttavia in proposito la giurisprudenza è divisa (480).

61. — Il giudizio di rinvio può, come il giudizio di appello, terminare per *perenzione* (nel qual caso passa in giudicato la sentenza di primo grado, anche se la sentenza di appello fu cassata per *error in iudicando* (481): cfr. *retro*, n. 52); per *rinuncia*, per *sentenza* (482).

La sentenza del giudice di rinvio può essere, secondo i casi, impugnabile coll'opposizione contumaciale, colla rivocazione, ed altresì col ricorso in cassazione. Se questo è basato su motivi *diversi* (quali sono gli *errores in procedendo*, in ogni caso; e gli *errores in iudicando*, quando riguardino questioni di diritto diverse da quella su cui era basato il primo ricorso) da quelli già denunciati col ricorso precedente, la nuova impugnativa si porta, come la prima, alla sezione semplice; se invece si impugna « per gli stessi motivi » la sentenza del giudice di rinvio che si è « ribellato », quando la ribellione è ammessa, il nuovo ricorso si porta alle sezioni unite, le quali sole hanno competenza a decidere se i motivi per cui si ricorre siano o non siano gli stessi (483). Se il giudice di rinvio, anche nei casi in cui avrebbe avuto libertà di ribellarsi, si è uniformato senz'altro alla opinione della Corte Suprema, la sua decisione non è più impugnabile, su quel punto, in cassazione (484). Nei casi in cui il giudice di rinvio abbia contrav-

---

(480) C. C., 9-V-1930 (*Rep. Foro ital.*, 1930, voce *Rinvio*, n. 13); contro: Id., 15-II-1934 (*Ibid.*, 1934, voce *Rinvio*, n. 33); Id., 10-II-1926 (*Ibid.*, 1926, voce *Rinvio*, nn. 12 e 13).

(481) C. A. Palermo, 20-IV-1928 (*Rep. Foro ital.*, 1928, voce *Perenzione*, n. 57); contro Chiovenda, *Istituzioni*, vol. II, pag. 631; cfr. *Saggi*, 2ª ediz., vol. II, pagg. 357, 367.

(482) Chiovenda, op. cit., pag. 631.

(483) C. C., 20-III-1925 (*Rep. Foro ital.*, 1925, voce *Rinvio*, n. 290).

(484) C. C., 13-I-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 81, col. 17); Id., 13-IV-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 1387, col. 323); Id., 11-VII-1935 (*Ibid.*, 1935, n. 2708, col. 614).

venuto al suo obbligo di uniformarsi alla decisione della Corte sul punto di diritto, il ricorso basato su tale contravvenzione si porta alla sezione semplice (485) o alle sezioni unite, secondo che la decisione, a cui il giudice di rinvio doveva uniformarsi, sia stata pronunciata a sezione semplice o a sezioni unite: lo stesso, vale, quando si ricorra contro la sentenza del giudice di rinvio per sostenere che egli ha deciso fuori dei limiti assegnatigli dalla sentenza di annullamento (486).

Capo VIII

62. — Il dibattito tra fautori della Cassazione e fautori della Terza istanza, che dal momento della costituzione del Regno d'Italia mai parve sopito fino a che rimasero in vita le Cassazioni regionali (487), è ormai soltanto un ricordo storico: l'istituto della Cassazione, dopo la unificazione auspicata da mezzo secolo e finalmente attuata nel 1923, quasi a simbolo della unità nazionale totalmente raggiunta, è entrato definitivamente a far parte, non soltanto nella lettera ma altresì nello spirito, nel nostro ordinamento costituzionale, come supremo organo regolatore della giurisprudenza e garante della legalità uguale per tutti. Il rafforzamento dell'autorità dello Stato operatosi in Italia in quest'ultimo decennio, non poteva che rafforzare insieme l'idea che sta a base della Cassazione, che è ancora oggi, sia pur sotto forme processuali elaborate nei secoli dal concorso di fattori storici eterogenei, l'idea romana della prevalenza dell'interesse pubblico sull'interesse privato, della supremazia dello Stato sulla volontà individuale, della preminenza dell'*ius constitutionis* sull'*ius litigatoris*.

Il problema dell'abolizione o del mantenimento della Cassazione non esiste più in Italia; com'è eloquentemente provato dal fatto che non uno dei numerosi progetti di riforma processuale che si sono succeduti in Italia in questi ultimi 20 anni, da quello Chiovenda del 1919 a quello Solmi del 1937, ha comunque rimesso in questione l'esistenza della Cassazione, mentre tutti si sono limitati a suggerire perfezionamenti e ritocchi, che valgano a liberarla dai residui anacronistici ed a permetterle di raggiungere più agevolmente quella funzione di unificazione e insieme di vivificazione del diritto che è il suo scopo più tipico e più prezioso.

---

(485) C. C., 22-XII-1933 (in materia di lavoro) (*Giur. ital.*, 1934, I, 163).

(486) C. C., 9-I-1936 (*Mass. Foro ital.*, 1936, n. 28, col. 7); Id., 17-IV-1936 (*Ibid.*, 1936, n. 1301, col. 254).

(487) Cfr. letteratura nella mia *Cassazione*, vol. II, pag. 397, n. 128, nota 1.

L'unico problema che si presenta oggi, *in iure condendo*, per la Cassazione, è dunque quello di adeguare il suo ordinamento pratico all'alta missione che le è affidata nello Stato: liberandola da quelle deviazioni che tenderebbero ad asservirla a scopi di diversa natura (come sarebbe quello di riesaminare in merito la giustizia del caso singolo: *ius litigatoris*), e rafforzandola con norme che sempre meglio le permettano di corrispondere anche praticamente al suo ufficio (488).

63. — L'unificazione dell'interpetrazione giurisprudenziale del diritto, che, come sappiamo, è la funzione caratteristica della Cassazione, fu un desiderio, non una realtà, finché rimase in vita il sorprendente controsenso delle Corti regionali, a smentire, colla loro pluralità storicamente sopravvissuta, quegli scopi di unità per i quali la Cassazione si diceva creata. Soppresse le Corti regionali, e terminata così la lunga polemica per la loro abolizione (489), esiste oggi nella Corte di cassazione del Regno, unica in Roma, lo strumento adeguato per la unificazione della giurisprudenza nazionale.

Ma unificazione della giurisprudenza non significa, come tante volte fu ammonito, immutabilità della interpetrazione giudiziaria, che vorrebbe dire *stasi del diritto*: unificazione della giurisprudenza significa tendenza alla uniformità della interpetrazione giudiziaria *nello spazio* (in modo che in un certo momento la stessa norma giuridica sia interpetrata nello stesso modo in tutto il territorio dello Stato), ma *non nel tempo* (in modo che non sia esclusa la evoluzione giurisprudenziale del diritto, cioè la possibilità di sostituire in un momento successivo, purché in maniera uniforme per tutto lo Stato, una nuova interpetrazione, socialmente più adeguata allo spirito del tempo, a quella precedentemente accolta, che si dimostri superata). Per questo non credo che siano da accogliere le proposte che periodicamente si riaffacciano, di dare alle *massime*, enunciate dalla Corte Suprema nella decisione delle questioni di diritto, il carattere di precedenti obbligatorî, ossia di vere e proprie leggi interpetrative (490): cosiffatto trasferimento dei poteri di interpetrazione autentica dagli organi legislativi al supremo organo giudiziario, mentre verrebbe da una parte

---

(488) Cfr. il mio articolo: *Per il funzionamento della Cassazione unica* (*Studî*, vol. II, pag. 257 e segg.).

(489) A sostenere tale abolizione fu soprattutto diretto il mio lavoro sulla *Cassazione*. Cfr. Prefazione al I volume; II vol., nn. 117-119; nn. 130 e 131.

(490) Cfr. Longhi, in *Studî per M. D'Amelio*, 1933, I, pag. 1; e in *Riv. dir. pubbl.*, 1934, 5. Per analoghe proposte in Germania, cfr. la mia *Cassazione*, vol. II, n. 129, *a*; e successivamente Mannheim, op. cit., §§ 11 e 12; Levin, in *Deuts. Iurist. Zeit.*, 1931, 36.

a schiacciare sotto il peso della obbligatorietà dei precedenti la mutevole adattabilità della giurisprudenza, cioè la dinamica del diritto, potrebbe portare, contro tutti i principî della buona tecnica legislativa, alla sistematica creazione di leggi generali in considerazione di un singolo caso giudiziario.

Giova piuttosto, lasciando alla Corte Suprema la sua natura di organo schiettamente giurisdizionale, far sì che la sua vigilanza sulla interpetrazione giurisprudenziale sia *integrale* ed *efficace*; integrale, nel senso che ad essa non si sottragga alcuna categoria di organi giudiziarî; efficace, nel senso che l'ordinamento della Suprema Corte sia tale da consentirle di dominare praticamente tutta la massa della giurisprudenza proveniente dai giudici inferiori e da operare in mezzo ad essa una rigorosa selezione dei casi in cui è veramente in discussione la interpetrazione della legge.

64. — *a*) Affinché il controllo della Corte di cassazione fosse integrale occorrerebbe che esso potesse estendersi su tutte le sentenze, di qualunque organo giudiziario, che non fossero impugnabili con mezzi ordinarî. Ciò non avviene nell'ordinamento attuale, in cui in materia civile sono sottratte alla azione regolatrice della Cassazione tutte le sentenze di primo grado inappellabili (*retro*, n. 22) nonché tutte le sentenze delle « giurisdizioni speciali », soggette al controllo della Corte Suprema (in base all'art. 3, n. 3, della L. 31 marzo 1877, n. 3761) sotto il profilo della incompetenza e dell'eccesso di potere, ma non sotto quello della violazione di legge. Come autorevolmente è stato messo in evidenza dal D'Amelio (491), manca nel nostro ordinamento giudiziario un mezzo pratico per impedire che nella prassi delle giurisdizioni speciali si formino e si perpetuino correnti giurisprudenziali discordanti dall'insegnamento della Corte regolatrice (492): e se di fatto si è potuto in questi ultimi anni, per la autorevole cooperazione dei capi delle varie magistrature supreme, compiere un utilissimo lavoro di comparazione e di coordinamento tra le rispettive giurisprudenze per isolarne e possibilmente eliminarne i punti di dissidio (493), certo è che alcuni di essi permangono, e che il meccanismo della Corte regolatrice non potrà dirsi perfetto fino a che non comprenda i mezzi per correggere anche questi.

---

(491) *La Cassazione e le giurisdizioni speciali* (*Monit. trib.*, 1929, 681); cfr. anche Azzariti, in *Studî per D'Amelio*, I, 107.

(492) Per le giurisdizioni speciali penali dispone l'art. 528 c.p.p.

(493) Cfr. D'Amelio-Romano, *I contatti giurisdizionali della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato* (*Riv. dir. pubbl.*, 1929, 181); D'Amelio-Gasperini, *I contatti giurisdizionali della Corte di cassazione e della Corte dei conti* (*Ibid.*, 1930, 242).

Lo stesso deve dirsi per le sentenze dei giudici ordinarî, che la legge dichiara inappellabili per la esiguità del valore economico della controversia: non ammettendosi contro queste sentenze il ricorso in Cassazione, può accadere (soprattutto ciò può accadere oggi per le sentenze inappellabili dei pretori in controversie del lavoro: art. 21 R.D. 21 maggio 1934, n. 1073) che la interpetrazione di norme giuridiche dettate esclusivamente o prevalentemente per rapporti di valore economico molto modesto rimanga costantemente tagliata fuori dal controllo della Corte Suprema, al quale si sottraggono così intere zone, e socialmente non tra le meno importanti, della vita giuridica nazionale. Sarei pertanto favorevole ad ammettere, in conformità di quello che avviene nel processo penale (art. 524 c.p.p., ultimo capov.) il ricorso in cassazione per violazione di legge *in iudicando* non solo contro le sentenze d'appello, ma anche contro quelle di primo grado *inappellabili* (così, meno che per le sentenze dei conciliatori, il *Progetto* SOLMI, art. 364).

65. — *b*) Affinché il controllo della Cassazione si svolga efficacemente, senza dispersione di forze in scopi secondarî, bisogna che l'ordinamento interno della Corte sia adeguato alla massa dei ricorsi da decidere, in modo che la potenzialità dell'organo sia proporzionata al lavoro da compiere.

Idealmente un organo destinato ad unificare la interpetrazione giurisprudenziale dovrebbe essere « unico » anche nella sua composizione interna: dovrebbe, cioè, essere costituito da un solo collegio giudicante. Ma poiché sarebbe materialmente impossibile che un solo collegio potesse, dopo la unificazione della Cassazione, far fronte a tutto il lavoro giudiziario che, prima della unificazione, era esaurito dalle cinque Corti regionali funzionanti contemporaneamente (le statistiche dimostrano anzi che nel decennio 1924-1933 posteriore alla unificazione, il numero dei ricorsi proposti è salito a 41.126, di fronte ai 28.918 ricorsi proposti complessivamente alle cinque cassazioni regionali nel decennio anteriore, 1914-1923), si sono dovuti adottare provvedimenti volti da un lato (α) ad aumentare, mediante il contemporaneo funzionamento di più sezioni, la potenzialità lavorativa dell'organo giudicante, dall'altro (β) a diminuirne, mediante la limitazione del numero dei ricorsi, il lavoro.

α) La pluralità delle sezioni contemporaneamente giudicanti (istituite, al momento della unificazione della Cassazione, in numero di quattro, due civili e due penali, R.D. 2 dicembre 1923, n. 2618: aumentate a cinque, di cui tre civili, dal D.L. 14 aprile 1927, n. 573, e più di recente aumentate a sei, di cui la sesta promiscua: D.L. 16 di-

cembre 1935, n. 2293, convertito in L. 2 aprile 1936, n. 616) (494), rischia di far rinascere il deprecato inconveniente della pluralità delle interpetrazioni giurisprudenziali, per evitare il quale le Corti regionali furono abolite. In realtà si deve riconoscere che l'esperimento di questo primo decennio della Cassazione unificata ha dimostrato che, anche attraverso una pluralità di sezioni contemporaneamente funzionanti, la uniformità della giurisprudenza può essere soddisfacentemente raggiunta e mantenuta, quando il lavoro delle sezioni sia coordinato con opportuni regolamenti interni e il loro spirito sia indirizzato dall'alta autorità del Capo gerarchico (primo Presidente) che col presiedere a turno le diverse sezioni e col vigilarne la giurisprudenza, può essere il tramite e l'unificatore delle loro diverse tendenze (495). Ma forse gioverebbe altresì, per eliminare ogni pericolo di disformità di giurisprudenza derivante dalla pluralità delle sezioni, riordinare l'istituto delle sezioni unite, in modo da farne l'organo competente a decidere tutte le questioni di diritto in cui si fosse manifestata una divergenza di opinioni tra le diverse sezioni (496); si noti che mentre oggi le sezioni unite sono chiamate a pronunciarsi (oltreché nei casi previsti dalla L. 31 marzo 1877) sui ricorsi « per gli stessi motivi » in caso di « ribellione » del giudice di rinvio (*retro*, n. 61), tale competenza delle Sezioni unite verrebbe meno ove, come è prevedibile ed augurabile, la efficacia vincolante della decisione della Cassazione fosse stabilita quale regola generale fin dal primo rinvio.

Già fin d'ora accade che, in quei procedimenti speciali in cui tale regola è adottata, le controversie relative, quali sarebbero ad esempio quelle del lavoro, non possono mai salire (non essendovi più, per il primo giudice di rinvio, possibilità di « ribellione ») al giudizio delle Sezioni unite (497); quando questa regola diventasse generale, bisognerebbe necessariamente trasformare le sezioni unite, venuta meno la loro antica funzione, in organo competente a decidere, nel dissidio tra le singole sezioni, i casi giurisprudenziali più difficili e più gravi (498).

---

(494) Sulla moltiplicazione delle sezioni del *Reichsgericht* in Germania, cfr. la mia *Cassazione*, vol. I, n. 220; vol. II, n. 132, *aa*; e il mio articolo *Per il funzionamento*, ecc., n. 11.

(495) Cfr. D.L. 22-II-1924, n. 268; e su di esso D'Amelio, in *Encicl. it.*, cit. in Bibliografia; e il mio scritto *Per il funzionamento*, ecc., n. 11.

(496) Cfr. per i progetti su questo punto la mia *Cassazione*, vol. II, pag. 49, nota 1, e il mio scritto cit., pagg. 281, 284, *a*, *b*.

(497) D'Amelio, *Le Sezioni unite della Corte di cassazione e le controversie del lavoro* (*Monit. trib.*, 1933, 20).

(498) Cfr. il mio scritto, cit., pagg. 281-284, nota. Secondo il capoverso dell'art. 700 del progetto Redenti « il presidente può disporre che la trattazione avvenga innanzi alle Sezioni unite, quando lo creda opportuno per la particolare

66. — β) D'altra parte, di fronte all'aumento, di anno in anno sempre crescente, del numero dei ricorsi, si è cercato di adottare misure che valgano a frenare la tendenza dei litiganti a considerare il ricorso in cassazione, anziché un rimedio eccezionale, un terzo grado di uso normale. Mentre in Germania, dove, assai più che in Francia (499), la pletora dei ricorsi in revisione ha prodotto nel *Reichsgericht* uno stato di congestione cronica, si è adottato il rimedio eroico, ma inefficace della *Revisionssumme* (500), da noi si è creduto di diminuire l'affluenza dei ricorsi infondati coll'elevare l'ammontare della somma che il ricorrente deve preventivamente depositare a titolo di multa (*poena temeritatis*) (da lire 150 che era secondo l'art. 521 c.p.c., fu portata a lire 300 dal R.D. 2 dicembre 1923, n. 2618, e poi alla misura attuale di lire 600 dalla L. 22 dicembre 1932, n. 1704).

Ma tale aumento (501) non ha portato alcun sensibile sgravio al lavoro sempre crescente della Corte di cassazione; e forse è vano cercare il rimedio fuori da quella che, a mio avviso, potrebbe essere l'unica soluzione praticamente efficace e teoricamente coerente alle finalità dell'istituto: la limitazione, cioè, dei motivi di ricorso a quei soli che siano in armonia collo scopo per cui la Cassazione è istituita (502).

Se si seguisse questo criterio, si dovrebbe limitare il ricorso in cassazione a quei soli *errores in iudicando*, intervenuti nella decisione della *quaestio iuris*, che possono avere portata generale e che costituiscono per questo un pericolo di « contagio » della giurisprudenza: il che vorrebbe dire, in sostanza, limitazione del ricorso in cassazione

---

importanza di massima delle questioni proposte »: la disposizione è passata nell'art. 378 del progetto SOLMI. Preferibile, a mio avviso, la disposizione dell'art. 290 del progetto MORTARA.

(499) Per notizie comparative sul numero dei ricorsi in cassazione in Italia e in Francia, cfr. D'AMELIO, *L'attività delle Corti di cassazione d'Italia e di Francia* (*Monit. trib.*, 1931, 241). Si attribuisce tradizionalmente il minor lavoro della Cassazione francese, la quale funziona con una sola *chambre civile*, all'istituto della *chambre des requêtes* (cfr. la mia *Cassazione*, vol. I, n. 195, e vol. II, n. 132 *b*); ma v'è chi in Francia ne reclama l'abolizione (*Cassazione*, pag. 424, nota 1), ed anche là si lamenta ormai l'eccessivo aggravio della *Cour de cassation*; cfr. in *Enc. franc.*, vol. X, il citato articolo di PÉAN, pagg. 1034-35.

(500) Cfr. la mia *Cassazione*, vol. II, pag. 420, n. 132, *b*, *B*. Attualmente la *Revisionssumme* è in Germania di 6.000 marchi: il che significa che sono sottratte al controllo del Tribunale dell'Impero tutte le controversie il cui valore non supera le lire 30.000! E tuttavia il problema dell'*Entlastung des Reichsgerichts* non si può dire risolto: e la dottrina e la pratica cercano ancora affannosamente i rimedî per diminuire il numero dei ricorsi in revisione.

(501) Cfr. *Cassazione*, vol. II, n. 132, *b*, *g*.

(502) *Cassazione*, vol. II, n. 133.

(a parte l'incompetenza) al solo motivo di violazione e falsa applicazione di legge ai sensi del n. 3 dell'art. 517 c.p.c. (503), con trasformazione degli *errores in procedendo* in motivi di rivocazione o di nullità proponibili al giudice *a quo*. Tra gli *errores in iudicando* denunciabili in cassazione dovrebbe continuare ad esser compresa la falsa applicazione della legge (*Subsumtionsirrtum* dei Tedeschi) (504), ed anche l'errore intervenuto nell'interpetrazione di una norma di diritto *processuale* (505); ma dovrebbe essere in ogni caso bandita quell'abusatissima censura di « difettosa motivazione », che costituisce oggi il più pesante ingombro della prassi della Corte Suprema (506).

67. — Per render compiuta non diciamo la riforma, che potrebbe voler dire trasformazione, ma l'adeguamento del ricorso in cassazione ai fini per i quali è istituito, sembra opportuno semplificare e ammodernare in più punti (già affiorati nel corso di questo lavoro) la sua struttura processuale.

Trasformare il ricorso in cassazione da azione di annullamento in terza istanza *in iure*, sul tipo della *Revision* germanica, non mi parrebbe opportuno. Gli inconvenienti ai quali ha dato luogo e continua a dar luogo in Germania la cosidetta *freie Revisionspraxis* (507), col conseguente potere del Tribunale dell'Impero di applicare con efficacia positiva il diritto al fatto, riesaminando la controversia fuori degli errori di diritto denunciati dal ricorrente, consigliano di tenerci fedeli al sistema nostro, il quale, dando alla Cassazione il limitato ufficio di giudicare se sussiste o non sussiste il vizio rilevato nel ricorso al solo effetto di annullare la sentenza denunciata, mantiene e coltiva nella Corte Suprema, giudice dell'azione di impugnativa ma non della controversia di merito, qual sereno distacco dalle considerazioni di specie, in mancanza del quale la eccessiva aderenza al fatto ed i suggerimenti dell'equità rischierebbero di turbare, nel Supremo Collegio, quel carattere quasi didattico di formulatore di insegnamenti

---

(503) Così per il progetto ZANARDELLI-COCCO-ORTU, art. 22; cfr. ivi, pagg. 430 e 431.

(504) Vi è invece oggi in Germania qualche scrittore che propone di escludere in revisione la censura per *Subsumtionsirrtum*. Cfr. KOPPERS, in *Deuts. Iur. Zeit.*, 1929, 269.

(505) Cfr. in questo senso il progetto DI FALCO, in *Cassazione*, vol. II, pag. 433.

(506) Progetto REDENTI, art. 691, penultimo capoverso: « Non può esser proposta come motivo di cassazione la deficienza, la oscurità o la contraddittorietà della motivazione della sentenza impugnata, salvo alle parti il proporla come motivo di revocazione... »; progetto SOLMI, art. 364.

(507) *Cassazione*, vol. I, nn. 219 e 220.

generali, che dev'essergli ad ogni costo mantenuto (508). La « negatività » della giurisdizione della Corte di cassazione è la miglior garanzia pratica di quella scissione tra la questione di diritto e la questione di fatto, attraverso la quale soltanto può raggiungersi, per la buona disciplina della interpetrazione giurisdizionale, una chiara e consapevole formulazione di massime, idonee a servir da precedenti ai giudici di merito in casi simili (509): dare alla Cassazione il potere di applicare direttamente il diritto al fatto, vorrebbe dire, per avvicinarla alla giustizia del caso singolo, allontanarla da quel suo ufficio di regolatrice della giurisprudenza, che nell'interesse pubblico dev'essere considerato il suo ufficio essenziale. Per tutte queste considerazioni, sono d'avviso che nella prossima riforma non solo non si debba toccare la attuale conformazione del ricorso in cassazione, considerato come una estensione della *querela nullitatis* alla ingiustizia *in iure*; ma che anzi si debba rinvigorire questa sua struttura, accentuando la limitazione del riesame della Corte Suprema alle sole questioni di diritto proposte dal ricorrente (510), introducendo l'istituto, sconosciuto alla nostra legge attuale, del ricorso incidentale, e mettendo sempre meglio in evidenza che nel ricorso in cassazione le singole questioni di diritto possono diventare altrettanti separati capi di impugnativa.

Ma se, per il suo carattere negativo, il ricorso in cassazione deve esser conservato così com'è, lasciando che la applicazione positiva del diritto al fatto sia compiuta dal giudice di rinvio, ciò non esclude che proprio nell'ordinamento del giudizio di rinvio debbano essere introdotte le più radicali semplificazioni. La struttura attuale del giudizio di rinvio, colla libertà del giudice di « ribellarsi » alle direttive di diritto impartite dalla Corte Suprema, è, di tutto l'ordinamento della Cassazione, la parte più decrepita e più visibilmente segnata dalle traccie di concezioni politiche d'altri tempi, quando la Cassazione si considerava come un'appendice del potere legislativo e la libertà di ribellione del giudice di rinvio come una salvaguardia della indipendenza del potere giudiziario. Superata in un secolo tale concezione, è fatale che nella imminente riforma l'obbligo del giudice di rinvio di uniformarsi all'opinione della Corte Suprema sia posto come regola generale fino dal primo rinvio: le disposizioni contenute in tal senso

---

(508) Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni*, vol. IV, n. 332.

(509) Cfr. in proposito, progetto REDENTI, art. 709; progetto SOLMI, art. 387.

(510) Sarei pertanto contrario alla proposta contenuta nell'articolo 196 Pr. CHIOVENDA, secondo il quale: « se il ricorso è accolto per violazione o falsa applicazione della legge, la corte statuisce essa stessa nella causa, ecc.... »; mi sembra invece ottima la disposizione dello stesso articolo secondo la quale « la sentenza che rinvia deve pronunciare su tutti i motivi del ricorso, in quanto ciò sia necessario per non lasciare questioni insolute nella prosecuzione della causa ».

in diverse leggi speciali (*retro*, n. 53 in fine), segnano, su questo punto, una sicura direttiva (511), dalla quale non credo che sia possibile discostarsi.

Ma l'ordinamento del giudizio di rinvio dovrà anche in altri punti essere ritoccato: riconosciuta fino dal primo rinvio la efficacia vincolante dell'opinione della Corte Suprema, si potrà abolire, o attenuare, la regola dell'art. 544 secondo la quale il rinvio deve oggi sempre avvenire dinanzi a una autorità *diversa* da quella che ha pronunciato la sentenza cassata (regola che non ha ragion d'essere soprattutto nei casi in cui l'annullamento sia avvenuto per una nullità processuale) (512). D'altra parte, specialmente se tra i motivi di cassazione saranno mantenuti anche alcuni casi di *errores in procedendo*, sarà opportuno precisare, con una più esatta disciplina legislativa, gli effetti della sentenza di annullamento, aumentando i casi di annullamento senza rinvio, determinando i casi in cui la cassazione della sentenza trascina con sé, e fino a che punto, gli atti *anteriori* alla sentenza cassata, e disponendo altresì, ove la cassazione sia avvenuta per *error in iudicando* o per un vizio processuale che inquini la sola fase decisoria, che la nuova trattazione dinanzi al giudice di rinvio si svolga « a istruttoria chiusa » (513).

68. — Da quanto si è detto finora appare chiaramente che la Cassazione può essere rammodernata e semplificata in armonia coi proprî fini, senza per questo dare adito a quella tendenza, che qualche studioso ha creduto di vedere accolta dalla più recente disciplina della Cassazione penale (514), a trasformarsi in una giurisdizione di merito.

A proposito di che, quando si parla della tendenza, di cui anche nella pratica della Cassazione civile sarebbero visibili sintomi molteplici, a addentrarsi nel riesame del fatto, bisogna guardarsi, nel far l'elenco di questi pretesi sintomi, dal confondere tra di loro fenomeni

---

(511) Chiovenda, *Istituz.*, vol. II, pag. 633; D'Amelio, *La sentenza della Corte di cassazione e la sua efficacia per il giudice di rinvio* (*Monit. trib.*, 1931, 681). In tal senso l'art. 196 del progetto Chiovenda, l'art. 709 del progetto Redenti e l'art. 387 progetto Solmi; in senso contrario l'art. 384 del progetto Carnelutti.

(512) Cfr. progetto Redenti, art. 708.

(513) D'Amelio, scritto cit.; cfr. per tutte queste ipotesi, il progetto Redenti, artt. 705-711. Per una più ampia trattazione di tutti questi punti concernenti la riforma, cfr. la mia *Cassazione*, vol. II, n. 136, e il mio scritto *Per il funzionamento della Cassazione unica*, cit.

(514) Del Giudice (Arturo) *Nuovi aspetti della Cassazione in materia penale* (*Annali di dir. e proc. pen.*, 1932, 129 e segg., 281 e segg.); ma, in senso contrario, Costa, *Rilievi sulla Corte di cassazione nel processo penale* (*Riv. ital. di dir. pen.*, 1933, n. 4).

profondamente differenti e di significato tutt'altro che univoco. Che anche nella sua costituzione odierna la Corte di cassazione sia giudice del fatto tutte le volte in cui il ricorso è fondato su un *error in procedendo*, questa è una verità certa, già rilevata nelle pagine che precedono (*retro*, n. 45): ma questo riesame delle circostanze concrete del rapporto processuale, che la Corte di cassazione deve necessariamente compiere per accertare se nel processo di merito sia intervenuto un vizio di attività, non significa in alcun modo sconfinamento nel riesame dei fatti attinenti al rapporto sostanziale, né, quindi, trasformazione del giudizio di cassazione in un giudizio di merito. Talché, se nella prossima riforma si vorranno ancora mantenere tra i motivi di cassazione alcuni più gravi *errores in procedendo*, il riconoscimento che nel decidere su di essi la Cassazione continuerà ad essere, come già ora è, giudice di fatto, non vorrà dire alterazione del suo carattere di giudice di annullamento, che per poter annullare deve prima accertare l'esistenza in concreto del vizio di nullità: e lo stesso si potrà dire per i casi di cassazione senza rinvio, che, se pur saranno nella riforma aumentati e disciplinati, non faranno sconfinare per questo la Corte Suprema dalla sua funzione di giudice della sola azione di impugnativa.

La tendenza che potrebbe invece snaturare il giudizio di Cassazione trasformandolo in una larvata terza istanza, è quella che mira a far partecipare sempre più profondamente il Supremo Collegio alla decisione positiva del rapporto sostanziale; ma anche qui bisogna guardarsi dal confonder tra loro due aspetti di questa tendenza, uno dei quali appare per così dire fisiologico e degno d'esser consacrato nella riforma, mentre l'altro, di carattere patologico, porterebbe sicuramente, se non fermato a tempo, a far deviare l'istituto dalle sue più alte finalità. Il primo aspetto di questa tendenza, il quale, piuttosto che una degenerazione, si presenta come un naturale sviluppo storico della Cassazione attuale, è quello che mira a rendere sempre più pronta e immediata l'utilizzazione, nella decisione della controversia di merito, delle soluzioni *di diritto* enunciate dalla Corte Suprema nel decidere sulla azione di impugnativa: in tale tendenza, che merita a parer mio di essere incoraggiata, rientrerebbe la riforma da tutti auspicata (*retro*, n. 53) del giudizio di rinvio, nel senso di rendere sempre ed immediatamente vincolante per il giudice di rinvio la decisione data dalla Corte al punto di diritto; e potrebbe rientrarvi altresì il potere di *rettifica della motivazione* esercitato dalla Corte Suprema in caso di rigetto del ricorso, che dovrebb'essere, com'è in penale, riconosciuto e regolato (515).

---

(515) Art. 538 c.p.p.; su di esso Del Giudice, scritto cit., nn. 4 e 5.

Viceversa l'altro aspetto della tendenza che io considero estremamente pericoloso, è quello che mirerebbe a dare alla Corte di cassazione il potere di riesaminare direttamente le circostanze del rapporto controverso, e di fare su di esse opera immediata e positiva di applicazione del diritto al fatto: ciò porterebbe veramente a trasformare la Cassazione in terza istanza, e ad abolire nel riesame del merito quella scissione, fra due diversi organi giudiziarî, della questione di diritto dalla questione di fatto, che, se la Corte Suprema deve continuare ad essere l'organo per la unificazione della giurisprudenza, dev'essere rigorosamente rispettata. Quando la Corte Suprema si è pronunciata sulla questione di diritto ad essa sottoposta, non c'è ragione di impedire che tale soluzione *di diritto* entri immediatamente a far parte (o in via di rettificazione, se il ricorso è rigettato, o in via di efficacia vincolante per il giudice di rinvio, se il ricorso è accolto) delle premesse della decisione di merito; ma, nel momento in cui la Corte di cassazione si pronuncia sulla questione di diritto, essa deve esser liberata da tutti gli scrupoli equitativi, da tutti i turbamenti della pietà che in ogni giudice sono suscitati dalla diretta contemplazione del fatto. Per questo mi pare che nella prossima riforma debba essere rigorosamente bandito dai motivi di cassazione quel « difetto di motivazione » che è assai spesso il tramite attraverso il quale i rispetti umani si infiltrano a intorbidare nella Corte Suprema la serena visione della *quaestio iuris*.

Da quanto è detto sopra si comprende come io non sarei affatto contrario a veder introdotto nel nostro processo un istituto che, a somiglianza della *revisio per saltum* vigente nel processo tedesco (516) rendesse generale ed estendesse anche al processo civile, con opportune modificazioni, quella specie di ricorso per interpetrazione preventiva, di cui si ha dato un primo esempio nell'art. 23 della L. 7 gennaio 1929, n. 4 (*retro*, n. 1 in fine): la facoltà data alle parti di ricorrere direttamente in cassazione, *omisso medio*, contro la sentenza di primo grado, quando già in un primo grado tutta la controversia sia apparsa dipendente dalla risoluzione di una *quaestio iuris* grave e difficile, abbrevierebbe notevolmente il corso del processo, e renderebbe più immediato sulla pratica giudiziaria il controllo della Corte regolatrice, senza per questo distoglierla dal sereno campo delle questioni di diritto.

---

(516) Cfr. la mia *Cassazione*, vol. I, pag. 643, nota 1.

II

LA TEORIA DELL'« ERROR IN IUDICANDO » NEL DIRITTO ITALIANO INTERMEDIO (*)

Sommario

§ 1. - Proposizione del tema.

1. Origine della *querela nullitatis* dall'incontro del diritto romano col diritto longobardo; trasformazione del concetto di nullità della sentenza. — 2. La dottrina italiana di fronte alla *querela nullitatis*. — 3. Motivi di nullità: distinzione tra *error in iudicando* ed *error in procedendo*. — 4. Posizione e limite dello studio.

§ 2. - Fonti.

5. Poteri del giudice nel processo germanico in relazione alla formazione logica della sentenza: impossibilità di errori di fatto. — 6. Poteri del giudice nel processo romano: possibilità di errori di fatto e di errori di diritto. — 7. Rinascita della concezione romana nel processo statutario italiano. — 8. Leggi romane sull'*error in iudicando*. — 9. Leggi canoniche. — 10. Diritto statutario e legislazioni particolari italiane. — 11. Dottrina italiana sull'*error in iudicando*. — 12. Metodo della presente indagine.

§ 3. - Classificazione degli « errores in iudicando ».

I) *Errore relativo alla premessa maggiore.*

A) Errore di diritto. — 13. Indagine preliminare sulle diverse norme di diritto. — 14. *a) Ius scriptum*. — 15. Leggi *extravagantes*. — 16. *Lex privata*. — 17. *Ius divinum*. — 18. Legge caduta in desuetudine. — 19. *b) Ius non scriptum*. — 20. Diversi casi di errore di diritto. — 21. *a)* Errore *contra literam legis*. — 22. *b)* Errore *contra rationem legis*. — 23. *c)* Errore *contra simile legis*. — 24. *d)* Errore nell'interpretazione di legge oscura. — 25. Effetti dell'errore di diritto sul *syndicatus*: disposizione degli Statuti di Brescia. — 25 bis (in nota). Sentenza *contra rem iudicatam*.

B) Errore contro la esperienza generale. — 26. Sentenza basata su *causa impossibilis*.

(*) [Pubblicato in *Rivista critica di scienze sociali* (Firenze), a. I, nn. 8/9-12, 15 agosto-15 dicembre 1914, pp. 373-393; 437-471; 501-540; ristampato in *Studi*, I, pp. 53-166]. [*Bibliografia*, n. 35].

II) *Errore relativo alla premessa minore.*

27. Nozioni generali su questa specie di errore: partizione.

A) Errore di diritto. — 28. Difficoltà di distinguere l'errore di diritto nella premessa maggiore da quello nella premessa minore. — 29. Errore di applicazione di legge. — 30. Errore di applicazione, desumibile *sumpto argumento a contrario sensu.*

B) Errore di fatto. — 31. Principio romano che l'errore di fatto non produce nullità. — 32. — Principio opposto affermato dal diritto canonico per le sentenze in materia spirituale. — 33. Tendenza dei Canonisti ad estendere a tutte le sentenze la nullità per errore di fatto. — 34. Argomento desunto dalla dottrina dalle leggi romane sull'*error calculi.* — 35. L'errore di fatto deve essere espresso: rinvio. — 36. Errore contro il fatto notorio. — 37. Discordanza tra sentenza ed atti (*Aktenwidrigkeit*).

III) *Errore relativo alla conclusione.*

38. L'errore relativo alla conclusione è di regola un errore di logica. — 39. Nullità della sentenza per *error calculi.* — 40. Sentenza basata su *causa non concludens.* — 41. Sentenza contenente un *praeceptum impossibile* o *turpe.*

§ 4. - Requisiti che deve avere l'errore per produrre nullità della sentenza.

I) « *Error expressus* ».

42. Regola generale che l'errore per produrre nullità deve essere espresso: fonti. — 43. L'errore espresso e la motivazione: sull'obbligatorietà della motivazione nel diritto comune. — 44. L'errore espresso si desume da un elemento estraneo alla sentenza. — 45. Definizione dell'*error expressus.* — 46. L'errore di fatto non può essere espresso. — 47. Concetti affini a quello di *error expressus*, per l'errore di fatto: errore contro il fatto notorio ed errore desumibile da discordanza fra la sentenza e gli atti. — 48. Eccezioni alla regola generale: partizione. — 49. *a*) L'*error expressus* non produce nullità se non è causale: rinvio. — 50. Id., se è errore contro una legge derogabile. — 51. *b*) L'errore non espresso produce nullità in caso di *error in procedendo.* — 52. Se l'errore non espresso si possa desumere dagli atti.

II) « *Error causalis* ».

53. Nesso di causalità che deve passare fra l'errore e la sentenza. — 54. Esempî. — 55. Validità della sentenza giustificata da più motivi, dei quali solo alcuni siano erronei. — 56. Recezione di questa regola negli Statuti di Bologna. — 57. La causa erronea per produrre nullità dev'essere una *causa totalis.* — 58. Sentenza parzialmente basata su causa erronea. — 58 *bis* (in nota). L'*error in iudicando* nelle interlocutorie e nei decreti.

§ 5. - Conclusioni.

59. Introduzione. — 60. Distinzione romana tra *ius constitutionis* ed *ius litigatoris*; concetto *politico* di tale distinzione. — 61. Il diritto comune accoglie dal diritto romano i singoli principî sull'errore di diritto: mancanza nella *querela nullitatis* dello scopo di unificare la interpretazione della legge. — 62. Nel diritto comune si perde il concetto *politico* del diritto romano. — 63. Nuovo criterio informatore della teoria: evidenza dell'errore. — 64. Concetto *morale* introdotto dal diritto canonico. — 65. Nullità *ex capite notoriae iniustitiae.* — 66. È equiparata alle nullità *notoriae*, e quindi a quelle *iuris naturalis*: trasformazione in nullità sanabile nel diritto tedesco. — 67. L'errore di giudizio e l'elemento intenzionale. — 68. Sopravvivenza nel diritto moderno di alcuni principî del diritto comune.

§ 1. — Proposizione del tema.

1. — Dei vizî che possono inquinare una sentenza, il diritto romano, secondo la loro gravità, fa due classi: alcuni più gravi, che importano la mancanza di quelli che si considerano presupposti essenziali di una sentenza valida, impediscono irrimediabilmente alla pronuncia emanata dal giudice di acquistare efficacia di comando giuridico, togliendole *ipso iure* la possibilità di passare in giudicato; altri meno gravi, che importano solo la non perfetta corrispondenza della decisione col rapporto di diritto sostanziale deciso, lasciano sussistere nella pronuncia del giudice la qualità di sentenza imperativa, ma aprono alla parte soccombente la possibilità di chiedere la riforma della decisione entro un perentorio termine, decorso inutilmente il quale questa passa in giudicato ed acquista intera ed irrevocabile la sua forza giuridica. Nel primo caso la pronuncia del giudice ha vita apparente nel mondo esteriore, ma nel mondo giuridico essa non comincia mai ad esistere; nel secondo, invece, essa è sùbito anche una realtà giuridica, solo sottoposta entro un breve lasso di tempo ad eventuali variazioni: in modo logico e netto il diritto romano contrappone così, in tema di sentenze, la nozione di *inesistenza* e quella di *impugnabilità*, come concetti antitetici ed escludentisi reciprocamente (1).

La distinzione romana dei vizî della sentenza in due classi con effetti tanto diversi, è sconosciuta al diritto longobardo, il quale, trapiantando in Italia un fondamentale principio germanico per cui ogni pronuncia di giudice non « *disapprovata* » (2) acquista fin da principio

---

(1) Sul concetto romano di nullità della sentenza cfr. SCIALOJA, *Procedura civile romana* (Roma 1894) pagg. 266-67; BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano. Il processo civile* (Torino, 1914) II, § 30, pagg. 233-34; FRANKE, *Beitrag zur Lehre von der Nichtigkeitsbeschwerde* (*Archiv für die civ. Praxis*, XIX, pag. 385 e segg.) pag. 389; BARDELEBEN, *De sententiarum nullitate* (1838) pagg. 1-2; BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess. Formulae* (in « *Der Civilprozess des gemeinen Rechts* », II. Band) Bonn, 1865, pag. 721 LINDE, *Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln* (Giessen, 1840), II, pag. 399; SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung* (Leipzig, 1886) pag. 1 e segg.; BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten.* (*Archiv für die civ. Praxis*, LXII, pag. 1 e segg.) pag. 76, nota 62, in cui considera il concetto di nullità della sentenza come derivante da un fondamento contrattuale.

(2) Sul concetto di *disapprovazione della sentenza* (*Urtheilsschelte*), da cui derivano la *blasphematio sententiae* del diritto franco e la *faussation de jugement* del diritto francese feudale, cfr. BRUNNER, *Die Entstehung der Schwurgerichte* (Berlin, 1872), pag. 46; SKEDL, op. cit., pag. 26; ENGELMANN, *Der mittelalterlich — deutsche Prozess* (Breslau, 1890) § 56, pag. 90 ed i citati ivi, nota ***; KLEINFELLER, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (Berlin, 1905) pag. 458; per il diritto francese; STEIN, *Geschichte des französischen Strafrechts und des Processes* (Basel, 1846) pag. 238.

piena validità di sentenza (3), considera della stessa natura tutti quanti i difetti che possono viziare una decisione giudiziaria e a tutti indistintamente attribuisce — come ha dimostrato lo SKEDL (4) — l'unico effetto di aprire contro la sentenza una via di reclamo al giudice superiore. Per il diritto longobardo il solo fatto della pronuncia dà esistenza giuridica a qualunque decisione del giudice, anche a quella colpita da un di quei vizî che, secondo il diritto romano, le impedirebbero di cominciare ad esistere come sentenza legalmente efficace: si perde così, con altre parole, il concetto di *inesistenza* e resta solo il concetto di *impugnabilità* della sentenza per tutti i difetti che in qualsiasi modo possono viziarla.

Quando, nel rifiorire del diritto romano in Italia, la nozione germanica della validità formale della sentenza comunque viziata, si incontra colla nozione romana che distingue i vizî della sentenza nelle due classi sopra ricordate, i due concetti si fondono e si contemperano, perdendo ciascuno e insieme conservando una parte del primitivo loro significato. Resta dell'idea romana il principio che i vizî della sentenza sono alcuni più gravi, altri meno gravi; ma si perde di essa il principio che i vizî più gravi producano senz'altro la inesistenza giuridica della pronuncia del giudice. Resta dell'idea germanica il principio che anche i vizî più gravi sono causa di impugnabilità, non di inesistenza del giudicato; ma si perde di essa il principio che per tutti quanti i vizî sia aperta una uguale ed unica via di impugnativa (5). Sorse così nella prassi statutaria la *querela nullitatis*, la quale — accanto all'*appellatio*, mezzo di impugnativa aperto contro quei vizî meno gravi che anche nel diritto romano causavano la sola impugnabilità della sentenza — fu un secondo mezzo, esperimentabile anch'esso entro un termine perentorio talora più ampio di quello stabilito per l'appello (6), aperto

---

(3) È il principio della cosidetta *validità formale* della sentenza (*Formalkraft des Urtheils*); cfr. SKEDL, op. cit., pag. 5 ed i citati da lui in nota 9; CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile* (*Saggi di diritto proc. civile*, Bologna, 1904) pag. 161.

(4) Op. cit., § 7, pag. 30 e segg.; CHIOVENDA, op. loc. cit.

(5) CHIOVENDA, op. loc. cit.; SKEDL, op. cit., § 23, pag. 109 e segg.

(6) Alle disposizioni degli Statuti di Modena, di Roma e di Genova che lo SKEDL, a pagg. 85-86 op. cit., riferisce come esempî di querela di nullità esperimentabile entro un termine *maggiore* di quello stabilito per l'appello, possono aggiungersi diverse disposizioni analoghe di altri Statuti. Per esempio secondo gli Statuti di Vicenza del 1425 (*Ius Municipale Vicentium, Venetiis*, 1567) Lib. II. Rub. *De ordine procedendi in causis civilibus*, è stabilito che « *nullitas per viam agendi solum infra dies XX a tempore latae sententiae computandos proponi possit* », mentre l'appello si propone nel solito termine di 10 giorni; secondo gli Statuti di Albenga del 1518 (*Statuta seu municipalia Iura inclitae Civitatis Albingae*, Ast. 1519) II[a] Pars. Rub. *De habendo consilio a sapiente et de appellationibus*,

contro la sentenza contenente alcuno di quei difetti, che nel diritto romano ne avrebbero prodotto la inesistenza giuridica. Se poi, insieme colla *querela nullitatis*, risorse anche la contrapposizione, di apparente origine romana, fra sentenza *iniusta* e sentenza *nulla*, simile contrapposizione perse il suo significato primitivo: nullità non fu più l'equivalente etimologico di inesistenza (ché sentenza *nulla* importa in origine « nessuna sentenza »), ma si intese essa nullità come attributo di una sentenza giuridicamente valida, allo stesso modo che ad una sentenza giuridicamente valida potevasi attribuire la qualità di appellabile (7). Ingiustizia e nullità non differirono dunque per qualità di effetto, ché ambedue produssero una impugnabilità, ma solo per quantità di effetto, ché la sentenza *nulla*, come quella che si considerava più viziata della sentenza *iniusta*, fu anche, per così dire, *più impugnabile*.

2. — Anche in relazione alla *querela nullitatis*, istituto nuovo creato nel diritto statutario italiano, a metà del secolo XII, dall'incontro di un principio romano con un principio germanico, si manifestò nella dottrina quel fenomeno, che il CHIOVENDA così lucidemente descrive, per cui istituti di creazione italiana sono fraintesi dagli interpreti e spiegati con forzati adattamenti delle fonti romane (8). La querela di nullità non esisteva nel diritto romano, e sarebbe stato assurdo ch'essa vi esistesse, com'è assurda l'idea di un mezzo volto a distruggere ciò che giuridicamente non ha mai cominciato ad esser costruito: per

---

le nullità potevano esser fatte valere « *iudicio ordinario principaliter intentando intra biennium tantum et non ultra, facta prius executione* »; secondo gli Statuti di Gubbio (*Statuta Civitatis Eugubii* con note di A. CIANCIOLO. Gerundae, 1685) Lib. III. Rub. 7. *Quod nullitas in quacumque instantia non attendatur*, le sole nullità *ex defectu iurisdictionis, citationis, mandati* dovevano esser fatte valere « *infra annum dumtaxat a die sententiae numerandum* ».

(7) Il BÜLOW, nello scritto cit., nota giustamente come il concetto di nullità del giudicato che si ha attualmente, derivato dal principio germanico della validità formale della sentenza, contenga un sostanziale controsenso, in quanto si considera il « non essere », il « non esistere giuridicamente » come una qualità di qualcosa che esiste anche giuridicamente e che solo può cessare di esistere coll'esperimento di un mezzo di impugnativa entro un termine perentorio (nota 62, pag. 77).

Il concetto che nell'attuale processo la cosidetta sentenza nulla è in sostanza una sentenza impugnabile è ripreso da SKEDL, *Die Urteilsnichtigkeit im österr. Prozessr.* (*Grünhuts Zeitschrift*, XIV, pag. 81) e da SCHMIDT, op. cit., pag. 685, il quale dice che col passaggio della sentenza in cosa giudicata si perde la differenza tra nullità e impugnabilità. V. anche BÜLOW, *Dispositives Civilprocessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung* (*Archiv. für die civ. Praxis*. LXIV, pag. 1 e segg.) pag. 33 e segg.

(8) Scritto citato, pag. 153 e, per la querela di nullità, pag. 161.

questo i Glossatori (9) ed i Canonisti, restando al concetto romano della nullità, ignorarono il nuovo istituto fin verso la metà del secolo XIII, e quando la dottrina posteriore cominciò ad accorgersi che nella pratica statutaria era sorto un nuovo mezzo di impugnativa accanto all'appello, non si rese conto che per tal modo al concetto romano di inesistenza erasi sostituito il concetto, del tutto diverso, di annullabilità della sentenza, ma volle anzi la *querela nullitatis*, originata da questo secondo concetto, giustificare ed illustrare colle Fonti romane, inspirate esclusivamente al primo (10). Sorse così, in relazione al modo di concepire la nullità delle sentenze, una profonda divergenza tra l'*ius commune* e il diritto statutario (11), avvertita talvolta dagli stessi Statuti (12): e dalla discordia dei principî si formano intorno alla querela di nullità una quantità di norme processuali disparate, che aprivano all'esercizio di questo rimedio forme e procedimenti eterogenei. Di fronte alla irrevocabile validità formale della sentenza, derivante dallo spirar del termine assegnato per esperimentare la *querela nullitatis*, si ammise la possibilità di contrastare la validità di questa sentenza *ope exceptionis*, entro il termine di

---

(9) Anche in altri scritti di Glossatori, diversi da quelli che lo SKEDL cita al § 25 op. cit., appare conservato il concetto romano di *inesistenza* del giudicato. Cfr. ROGERII, *Summa Codicis* (in *Bibliotheca iuridica medii aevi*. Bononiae, 1888. Vol. I° *Scripta Anedocta Glossatorum*), Lib. VII. Rub. 33 *de sententiis et int. omn. iud.* « *Contra ius enim lata sententia infirma est; quemadmodum iniqua per appellationem infirmari potest* »; Rub. 38. *Quando provoc.* « *Non est opus provocatione si iure sententia non tenet, ut si contra ius sit pronuntiatum* ». IOHANNIS BASSIANI, *Libellus de ordine judiciorum* (*ibid.* vol. II, 1892) § 658 « *... si lata fuerit sententia ut ferri debeat, valebit; lata vero contra sacras constitutiones... non valet* ».

(10) Sull'atteggiamento della dottrina in relazione alla querela di nullità, cfr. il IV° Capitolo della citata monografia dello SKEDL.

(11) Tale divergenza può in modo singolare essere rilevata nel diritto giudiziario che vigeva in Roma (su ciò cfr. MENESTRINA, *Il processo civile nello Stato pontificio*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche* 1907, pag. 149 e segg.), ove, mentre per il diritto statutario vigente nei tribunali cittadini la querela di nullità doveva sperimentarsi entro un anno, per il diritto comune vigente nei tribunali ecclesiastici la nullità poteva farsi valere entro trent'anni. Un'altra differenza ugualmente palese esisteva in Roma tra il principio della dupla conforme, accolto dal diritto statutario, e quello della tripla conforme, accolto dal diritto pontificio: v. MENESTRINA, scritto cit.

(12) Negli Statuti di Monteregale riformati nel 1570 (*Statuta civitatis Montisregalis*, editi in Monteregale nel 1570), Collatio II. c. 16 *de appell. et nullitatibus*, è stabilito che di nullità non possa più dirsi scaduto il termine per l'appello « *non obstante quod de nullitate posset semper opponi de iure communi, quia hoc per praesens capitulum specialiter est sublatum* »; e nel già citato Statuto di Albenga, si vieta l'eccezione di nullità « *non obstante aliquo iure canonico nec civili in contrarium disponente* ».

trenta anni dell'ordinaria prescrizione civile, o, in taluni casi, anche dopo il trentennio; accanto alla querela con effetto devolutivo, proposta al giudice superiore come l'appello, la querela poté essere portata anche allo stesso giudice che aveva deciso la prima volta; e come potevasi ricorrere al giudice per chiedergli direttamente, *principaliter*, l'annullamento della sentenza, così fu ammesso, sull'esempio romano, che la parte riportasse dinanzi al giudice la stessa domanda sulla quale egli aveva già deciso e gli chiedesse sulla domanda stessa una nuova sentenza, per la ragione che la prima decisione era nulla (nullità *deducta incidenter*) (13).

3. — In questa specie di *contaminatio* che la dottrina italiana compie tra la *querela nullitatis* e il principio romano della inesistenza della sentenza, furono senz'altro trapiantate dal diritto romano le regole relative ai motivi di nullità: i motivi che nelle Fonti romane erano indicati come causa di inesistenza del giudicato, furono i motivi che nel diritto intermedio dettero luogo ad esperimento di querela di nullità contro il giudicato legalmente esistente. Le leggi statutarie, che pur si indugiano talvolta a disciplinare minutamente il procedimento esteriore della *querela nullitatis*, tacciono generalmente sui motivi per i quali essa è esperimentabile, rimettendosi per questo punto all'*ius commune* (14): l'elemento germanico, che pure sì fondamentale

---

(13) Sui diversi modi di far valere la nullità cfr. SKEDL, op. cit. § 35; WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocesses* (3. Aufl.) Leipzig, 1787, § 60; LINDE, op. cit., II. § 248.

(14) In nessuno dei molti Statuti che ho consultato ho trovato elencati espressamente tutti i motivi che danno luogo a nullità. Solo nello Statuto di Genova riformato nel 1587 (*Statutorum civilium serenissimae Reipublicae Genuensis libri sex*. Genuae, 1663) il cap. 1 del Lib. III, Rub. *de sententiarum firmitate*, enumera le diverse cause di nullità della sentenza: « *si magistratus vel iudex... esset incompetens et seu excessisset metas suae jurisdictionis seu commissionis; si personae potestatem non habuissent seu non fuissent legitimae; si contra rem judicatam et decisam fuisset iudicatum; si fuisset iudicatum extra seu ultra petita; si in exequendo iudicata excederetur modus et formam iudicatorum; si perenta instantia iudicatum fuisset; si citatio obmissa esset, ubi partis citatio requiritur* »; inoltre il c. 17 Lib. I. Rub. *de iure reddendo, statutis observandis et iurisdictione non excedenda*, stabilisce la nullità delle sentenze date in genere contro gli Statuti. Ma, tolto lo Statuto genovese, gli altri specificano i motivi di nullità solo a scopo di limitarne il numero: p. es. lo Statuto di Gubbio, citato alla nota 6, limita la querela alle sole nullità derivanti da mancanza di giurisdizione, di mandato, di citazione (la cosidetta *nullitas ex tribus*, introdotta anche nello Stato Pontificio dalla costituzione *super tribunalium reformatione* di Paolo V); lo Statuto di Bologna del 1445 (*Statutorum inclytae civitatis Bononiae, cum scholiis* A. MONTERESCHI, Bononiae 1561), Lib. II Rub. *de appellationibus*, limita le nullità a quelle derivanti « *ratione incompetentiae vel defectus iurisdictionis... vel lapsus in-*

trasformazione aveva apportato al concetto di nullità, per ciò che riguarda i motivi portò solo elementi di secondaria importanza (15), e sulla elaborazione esclusivamente dottrinaria di questo tema fece sentire assai più profondamente i suoi influssi il diritto canonico, come mi propongo di mostrare in parte nello studio presente.

Non si trova nelle Fonti romane una teoria sistematica dei motivi che producono la inesistenza del giudicato (16); ma, riunendo i varî casi sparsi nelle Fonti, tali motivi possono essere raggruppati in due

---

stantiae »; lo Statuto di Perugia del 1528 (*Secundum Volumen reformati emendatique noviter Juris Civitatis Populique Perusini*, Perusiae, 1528) Lib. II Rub. 29, § *De executione instr. sententiarum et laudorum*, vieta la nullità che non sia « *ex defectu jurisdictionis* » o « *ex eo quod ordo statutarius... non fuerit observatus* »; etc.

(15) Negli Statuti si trovano sparse frequenti disposizioni che comminano la nullità della sentenza per motivi che non si trovano contemplati dal diritto romano e per i quali è lecito indagare se derivino per avventura dal diritto germanico; ma sono tutte nullità per vizî del procedimento, per *errores in procedendo*, non mai per *errores in iudicando*. Così in quegli Statuti che assegnano per la pronuncia della sentenza un dato termine dall'inizio dell'istanza, è nulla la sentenza pronunciata dopo lo spirare di questo termine (v. Stat. di Bologna e Genova alla nota precedente; Statuti di Busseto nel 1429, stampati a Parma nel 1582, Lib. I° Rub. 28; Stat. Albenga cit. P. II°, Rub. *Ut vicarius teneatur suam ferre sententiam*: il vicario deve dare la sentenza entro un termine, decorso il quale « *quae si feratur ipso iure sit nulla quantumque iusta* »); così è nulla la sentenza data senza consiglio del savio, ove le parti, in una causa in cui questo è richiedibile, lo abbian richiesto (p. es., oltre gli Statuti citati da Skedl, op. cit., pag. 105 nota 11, Stat. Bologna cit. Lib. I Rub. 20. *De confidentibus* etc. « *Et consilio petito sententia lata per ipsum iudicem sine consilio non valeat ipso iure* »; Stat. Albenga cit. P. II° Rub. *de habendo cons. a sapiente*: « *magistratus teneatur judicare assumpto consilio sapientis petito et aliter sententia per eum ferenda sit ipso iure nulla* »); per gli Statuti di Verona del 1450 (*Leges et Statuta Civitatis Veronae*, Vicentiae 1475) Lib. II cap. 6, i giudici « *non possint nec debeant sententias nec aliquid quod ad contentiosam pertineat juridictionem exercere, nisi prius pulsata ter campana officialium et sederint ad banchas seu loca sibi deputata. Et antequam campanella pro curia separanda pulsetur* »; e, se trasgredivano, « *sententia taliter lata ipso iure sit nulla* »: disposizione identica è negli Stat. Vicenza del 1425 (*Ius Municipale Vicentinum*, Venetiis 1567) Lib. II. Rub. *De ordine procedendi in causis civilibus ordinariis*.

Influssi germanici si devono vedere, secondo il Chiovenda (*Le forme nella difesa giudiziale del diritto* in *Saggi* cit. pag. 208) in quel motivo di nullità, ammesso dalla dottrina e da essa studiato con tanta minuziosa casistica, derivante dal fatto che la sentenza fosse stata pronunciata dal giudice non seduto; motivo che la dottrina fa risalire al diritto romano, falsamente interpretando la l. 3 C. *de sententiis* VII, 44 (Cfr. Schmidt, op. cit., pag. 78, nota 3) V. Bartolo a questa legge, e Durandi, *Speculum* (citato in nota 31 del § 2) Lib. II, part. III. Rub. *Sententia qualiter impugnetur*, nn. 10-11.

(16) Bardeleben, op. cit., pag. 2.

ampie classi, una delle quali comprende i vizî relativi al processo (mancanza di presupposti processuali, inosservanza di forme) mentre l'altra comprende i vizî relativi alla formazione logica della sentenza nella mente del giudice (17). Di una classificazione simile già si può trovare un accenno in qualche scrittore del diritto intermedio, in BALDO (18), per esempio, il quale insegna che « *tria sunt circa sententiam inspicienda, scilicet ordo, substantia et solemnitas. Ordo est praemittere praemittenda, et postponere postponenda, servato solito more judiciorum. Substantia est quod condemnet vel absolvat vel aequipollens. Solemnitas est quod in scriptis ferat, item sedendo et non stando* etc. ». Ora, tra i motivi di nullità che si riferiscono all'*ordo* del processo od alla *solemnitas* della sentenza e quelli che riguardano invece la *substantia* del giudicato, passa una diversità profonda, poiché i primi consistono in un difetto di estrinseche formalità, ossia in vizî di attività, mentre i secondi consistono in un vizio di quell'intimo lavoro mentale del giudice che deve originare la decisione, cioè in vizî di giudizio (19). La contrapposizione tra errore di attività ed errore di giudizio già si delinea nel diritto comune che distingue l'*error in procedendo* dall'*error in iudicando*; così il PANORMITANO (20), enumerando i casi in cui una sentenza può dirsi *contra ius*, fa due ipotesi: « *aut sententia est contra ius habito respectu ad merita causae* » (vizio di giudizio; *error in iudicando*), « *aut illud ius contra quod est lata sententia concernit extrinsecus aliam iniustitiam a meritis causae, puta ut sententia non feratur die feriata, vel aliquid simile* » (vizio di attività: *error in procedendo*).

4. — Ciò premesso, intendo di esaminare nelle pagine seguenti lo svolgimento che nella dottrina italiana ebbe la teoria dell'*error in iudicando*, come vizio della sentenza civile. La semplice enunciazione

---

(17) Il BARDELEBEN, scritto cit., distingue le nullità della sentenza secondo il diritto romano nelle categorie seguenti: 1°) *ex persona iudicis*; 2°) *ex persona litigantium*; 3°) *iudiciorum ordo non observatus*; 4°) *de vitiis ipsi sententiae inhaerentibus*; e questa ultima categoria divide ancora in due sottoclassi: A) *si sententiae ritus non observatur*; B) *si quid ex his, quae ipsi sententiae inesse volumus, desideratur*. Il BETHMANN-HOLLWEG (op. cit., pag. 721) distingue le nullità, in modo quasi uguale, in quattro classi: 1°) nullità relativa al giudice; 2°) alle parti; 3°) alla forma; 4°) al contenuto della sentenza.

(18) Commentario al Codice (cit. in nota 28 del § 2) ad. l. 3. C. *de sent.* VII. 45, nn. 1-3.

(19) Sulla distinzione tra vizî di giudizio e vizî di attività, cfr. CHIOVENDA, *Principii* (3ª ed.) pagg. 896 e 1023.

(20) Commentario alle Decretali (cit. in nota 29 del § 2) ad c. 1 X *de sent. et re iud.* II. 27, n. 1.

del tema basta a mettere in chiaro due punti: 1°) che nel mio studio avrò di mira solo le conseguenze che alla validità di una sentenza potevano nel processo italiano intermedio derivare da un errore di giudizio, non quelle che alla validità di essa potevano derivare da inosservanza di forme o da altri vizî di attività; 2°) che, limitando le mie indagini ai soli vizî di giudizio, considererò tra essi sol quello derivante da *errore del giudice*, studiando la natura e gli effetti di questo errore in sé e per sé, e senza occuparmi dei casi in cui la decisione sia il resultato di errore di una parte, o del dolo o della corruzione del giudicante, o in cui il giudicante sia stato indotto in errore dalla malafede di una delle parti (21): casi, questi, che interessano le teorie del *syndicatus* o della *restitutio in integrum*, ma che sfuggono alla presente ricerca.

§ 2. — Fonti.

5. — La natura e la estensione degli errori che il giudice può commettere nell'esercizio della funzione giurisdizionale stanno in diretta relazione colla natura e la estensione dei poteri che l'ordinamento giudiziario positivo al giudice attribuisce; e dove, paragonando la struttura di due processi appartenenti a popoli ed a tempi diversi, vediamo ch'essi differiscono tra loro nella delimitazione dei poteri del giudice, saremo tratti per logica conseguenza a dedurne che dovranno anche differire in essi le rispettive possibilità di errore, alle quali il giudice va incontro nell'esercizio del suo ufficio.

Ora una fondamentale diversità si manifesta tra la concezione dei poteri del giudice, che hanno, da una parte, l'antico processo germanico, e, dall'altra, il processo romano e quello moderno. Così nel processo germanico come nel processo romano la sentenza nasce da uno stesso fenomeno logico di applicazione della norma al fatto o di

---

(21) Nel *Decretum Gratiani* si trova accennata una classificazione dei vizî della sentenza, in cui l'*error in procedendo* è distinto dall'*error in iudicando*, e questo errore di giudizio obbiettivamente considerato è distinto dal dolo soggettivo del giudice. Si legge infatti ivi (c. 65, § *si ergo iniuste*, C. XI qu. 3) che « *sententia aliquando est iniusta ex animo proferentis, iusta vero ex ordine et causa; aliquando est iusta ex animo et causa, sed non ex ordine; aliquando iusta ex animo et ordine, sed non ex causa. Cum autem ex causa iniusta fuerit, aliquando nullum in eo omnino, qui accusatur, delictum est, quod sit damnatione dignum; aliquando non est in eo illud, supra quod fertur sententia, sed ex alio notandus est. Ex animo est iniusta, eum aliquis servata integritate iudiciarii ordinis in adulterum vel in quemlibet criminosum non amore iustitiae sed livore odii vel pretio aut favore adversariorum inductus sententiam profert* ».

sussunzione del fatto sotto la norma (1); ma, siccome lo svolgimento di questo fenomeno logico può essere scisso in più fasi successive, la differenza tra il processo germanico e quello romano consiste appunto nella diversa repartizione di queste fasi tra giudice e litiganti. Nel processo germanico, infatti, la parte non afferma in giudizio la esistenza di certi concreti avvenimenti, dai quali debba poi il giudice, attraendoli sotto la norma che li contempla, dedurre la fondatezza di una pretesa giuridica; sibbene compie per conto suo la sussunzione dei fatti sotto la norma e sottopone al giudice solo quello ch'è il resultamento di questa operazione mentale, cioè la pura e semplice affermazione o negazione di un diritto soggettivo. In conseguenza la parte chiede di provare non l'esistenza dei fatti, ma la sussistenza di un diritto, senza che il giudice possa direttamente rendersi conto se il diritto che la parte afferma è giustificato da concrete circostanze di fatto (2). In questa civiltà ancor primitiva, unica fonte di norme è la coscienza popolare, e l'ufficio di accertare i fatti controversi e di determinarne il carattere giuridico vien rilasciato alle parti in causa ed alle persone ch'esse adducono a sussidio, nella loro qualità di membri della consociazione, unica depositaria del diritto. Il giudice quindi deve limitarsi a decidere se ed in che limiti la pretesa di diritto, presentata dalla parte come conclusione di un sillogismo già compiuto, merita di essere ammessa alla prova, e, insieme (per il che si dice che questa sentenza è « *bilingue* ») (3) quale effetto giuridico dovrà prodursi, ove la parte riesca o non riesca a dare la prova nel modo determinato dal giudice. La prova così non vien data al giudice, né sottoposta al suo apprezzamento, poiché la esecuzione di essa può avvenire soltanto dopo che il giudice ha pronunciato la sua sentenza (*Beweisurtheil*); e il giudice non decide mai, in base a una prova già fornita, se un certo fatto è avvenuto, ma decide solo quale conseguenza di diritto dovrà

---

(1) Cfr. il mio scritto su *La genesi logica della sentenza civile.*

(2) Cfr. su questa singolarità dell'antico processo germanico, che secondo lo SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (2. Aufl. Leipzig, 1906) pag. 58, nota 1, rappresenta la chiave di volta di tutto quel sistema processuale: BRUNNER, *Die Entstehung* etc. citato, pagg. 47-48; PLANCK, *Die Lehre vom Beweisurtheil* 1848, pagg. 38, 48, 60, 94; HÄNEL, *Beweissystem des Sachsenspiegles*, 1858; SOHM, *Die altdeutsche Reichsund Gerichtsverfassung I.* (Weimar, 1871) pag. 127; ENGELMANN, *Der mittelalterlich-deutsche Prozess* (Breslau, 1890), pag. 43; POLLAK, *System des österr. Zivilprozessrechtes* (Wien, 1903) I, § 83, pag. 404 e ZALLINGER, *Wesen und Ursprung des Formalismus im altdeutschen Rechte*, da lui citato, ivi, nota 2; SCHMIDT, op. cit., pag. 53 e segg. ed *Allgemeine Staatslehre.* II. Band. I. Teil (Leipzig, 1903), pagg. 338-339.

(3) *Zweizüngig.* Cfr. BRUNNER, op. cit., pag. 45; SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 53 e *Staatslehre*, vol. cit., pag. 339.

prodursi, ove una certa prova sia o non sia in sèguito raggiunta (4). Se, in un siffatto sistema processuale, la prova, di carattere esclusivamente formale, verte non sul fatto ma sul diritto, e se il giudice si limita ad ammetterla senza poi raccoglierla e valutarla, vien di conseguenza che *nel diritto germanico il giudice non risolve mai questioni di fatto, ma sempre questioni di diritto*, sia nel decidere a qual parte spetti la facoltà di provare, sia nel decidere quale sarà l'effetto giuridico che deriverà dalla prova fornita: lasciando interamente alla parte il compimento della sussunzione, il giudice germanico esamina solamente la premessa maggiore del sillogismo, cioè la norma astratta.

Richiamando ora quanto ho detto al principio di questo n. 5, resulta che nell'antico processo germanico, come il potere del giudice era limitato alla risoluzione di pure questioni di diritto, così per esso era limitata la possibilità di errore ai soli errori di diritto, che potevano verificarsi nel determinare le modalità della prova o l'effetto giuridico, alla prestazione di questa prova attribuito. Bisogna, per questo, quando dalle leggi barbariche vediamo contemplato il caso in cui i giudici abbiano deciso « *contra legem* » o « *non secundum legem* » (5), guardarci dal credere che simili espressioni mirino a distinguere il giudicato viziato da un errore di diritto da quello viziato da un errore di puro fatto (6). La verità è che nel processo germanico antico tutti gli

---

(4) *Die Schöffen* — scrive il SIEGEL in *Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens*, 1 (Giessen, 1857) pag. 148 — *sollen nicht entscheiden, ob etwas so oder anders gewesen, sonder blos und allein schaffen, was da werden soll* ». Cfr. BRUNNER, op. cit., pag. 45. Così la sentenza germanica, può, colle debite differenze, essere avvicinata alla *formula* dell'antico processo romano, come acutamente fa lo SCHMIDT, op. cit., pag. 54 e prima di lui anche WACH, *Handbuch des deutschen Civilprocessrecht* (Leipzig, 1885) I. pag. 28, il quale paragona il processo germanico alla procedura romana *in iure*. Anche questo A. conferma (l. c.) che nel processo germanico la sentenza non è mai decisione in merito, ma solo decisione sull'obbligo di rispondere del convenuto, se, cioè, egli debba rispondere o possa non rispondere.

(5) Cfr. p. es. la legge Salica (57 1-2): « ... *si vero illi rachineburgii sunt et non secundum legem iudicaverunt etc.* ». V. BETHMANN HOLLWEG, *Der germanisch-romanische Prozess* I. (Bonn, 1868) pagg. 513-14, note 76, 77. Espressioni identiche si trovano nella *Lex Alamannorum* del 613-633 (FOURNIER, *Essai sur l'histoire du droit d'appel*, Paris, 1881, pagg. 104-105) tit. 41; nella *Lex Ribuariorum* (FOURNIER, op. cit., pag. 106); nei capitolari franchi (p. es. *Pippini regis Capitulare* a. 754-755, cap. 7, in *Capitularia regum francorum* ed. BORETIUS 1883. I. 43). Espressioni simili anche nelle fonti longobardiche; cfr. avanti, nota 11 di questo §.

(6) In tale errore par che cada il FOURNIER, op. cit., pagg. 101-102, il quale nel procedimento stabilito dalla legge Salica ravvisa qualcosa di simile alla nostra cassazione per errore di diritto. Contro CHENON, *Origines, conditions et effets de la cassation* (Paris, 1882), pag. 10, nota 3. Senonché la *Urtheilsschelte*, siccome

errori di giudizio sono errori di diritto e tutti quanti hanno la stessa natura e gli stessi effetti: poiché la funzione della sentenza germanica è quella di « *dicere legem* » (7), senza applicare questa legge al caso concreto, qualunque errore che inquini la sentenza viene necessariamente a violare la legge, né si può in simile sistema giudiziario configurare l'ipotesi di una sentenza che sia errata e contemporaneamente non sia « *contra legem* ».

6. — Poteri assai più ampî di quelli concessi al giudice germanico spettano, in relazione alla formazione logica delle sentenze, al giudice romano, il quale è investito anche della operazione di applicazione del diritto al fatto, che nel processo germanico è, come si è visto, rilasciata alla parte. Non più, nel processo romano, può limitarsi la parte ad affermare dinanzi al giudice un suo diritto, promettendo di darne poi all'avversario la prova formale; sibbene deve essa enumerare al giudice i singoli fatti storici sui quali si fonda la sua pretesa giuridica e convincere il giudice della concreta verità di questi fatti, affinché il giudice risalga poi da essi, assumendoli sotto la norma, a decidere sul loro effetto di diritto. Il giudice così, oltreché della norma astratta di diritto che costituisce la premessa maggiore del sillogismo, deve occuparsi anche della costruzione della premessa minore, cioè della verità del fatto al quale la norma dev'essere poi applicata: deve, cioè, risolvere non solo ipotetiche questioni di diritto, ma anche concrete questioni di fatto proprie della controversia a lui sottoposta (8).

Si ha così nel processo romano la coesistenza di una *quaestio facti* e di una *quaestio iuris*, che il processo germanico ignora: nelle Fonti giustinianee, anzi, la *quaestio facti* e la *quaestio iuris* si trovano in più luoghi distinte e poste in antitesi (9), e in due celebri passi (10) la loro

---

il giudice germanico risolveva soltanto questioni di diritto, mirava sempre ad accusare il giudice di un errore di diritto: talché qualche autore tedesco (KLEINFELLER, *Lehrbuch* cit. pag. 460) trova in essa una certa affinità coll'odierno mezzo germanico del ricorso per revisione.

(7) SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 55. ENGELMANN, op. cit., pag. 86 insegna che la importanza della sentenza si limitava ad essere quella di « *eine blosse Belehrung darüber, was unter Voraussetzung der Wahrheit dieser oder jener Beauptung nach dem in Volke herrschenden Rechtsbewusstsein Recht sein würde, beschränkt. Das Urtheil enthielt also nur ein durck den konkreten Rechtsfall veranlasstes Zeugniss über des in Volke lebende Recht.* ». Cfr. anche GLASSON, *Histoire du droit et des Institutions de la France*, Paris, 1889 e segg. vol. III pag. 267, ove precisa le attribuzioni dei rachimburgi nel processo franco; e WACH, op. cit., pagg. 27-28.

(8) Cfr. BERTOLINI, op. cit., II, § 24.

(9) Cfr. al riguardo VASSALLI, *Antitesi « Ius-factum » nelle fonti giustinianee*, in *Annali della Facoltà di giurispr. di Perugia* 1914, vol. XXVIII che a pag. 9

differenza è scolpita in nitide esemplificazioni. Ora, come nel processo germanico il giudice, nel decidere soltanto punti di diritto, poteva soltanto commettere errori di diritto, analogamente il giudice romano, chiamato a risolvere questioni di fatto e questioni di diritto insieme, era nella possibilità di errare nella risoluzione di un punto di fatto o in quella di un punto di diritto: e sorge così, anche in relazione alla sentenza, la distinzione tra errore di fatto ed errore di diritto.

7. — La concezione germanica in forza della quale la parte sottopone al giudice non la narrazione del fatto, ma solo l'affermazione della sua pretesa, fu portata in Italia dal diritto longobardo, nel quale tuttavia, per l'influsso romano, ben presto si manifestò una certa tendenza a scomporre in giudizio l'affermazione di diritto nei singoli fatti costitutivi (11). Ma quando il rifiorito studio delle Fonti romane dette origine a quella nuova forma di processo che il CHIOVENDA chiama per eccellenza il processo « *italiano* » (12), la concezione romana trionfò interamente su quella germanica, e al giudice fu di nuovo attribuito l'ufficio di applicare il diritto ai fatti, da lui, pur in base a prove *legali*, accertati. Il ritorno del processo statutario alla concezione che della funzione del giudice aveva il processo romano, è forse il passo più sostanziale e più fecondo che esso fa per distaccarsi dal processo germanico: tale ritorno, le cui conseguenze si fanno sentire su tutte le parti dell'organismo processuale, in ispecie sul sistema probatorio, segna nella storia del processo l'inizio dell'età moderna (13); e da questo

---

e segg. enumera i luoghi delle Fonti in cui si accenna alla distinzione tra *quaestio iuris* e *quaestio facti* nel giudizio.

(10) L. 1 § 2 D. *quae sententiae sine appellatione rescindantur*. XLIX, 8; l. 2 C. *quando provocare non est necesse*. VII. 64. Cfr. VASSALLI, scritto cit., pagg. 10-12.

(11) SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 68 ed ivi esempî in nota 2; CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo* cit., pag. 152. Quando il c. 28 di Liutprando distingue il caso in cui « *iudex contra legem iudicaverit* » da quello in cui « *iudex causam per arbitrium iudicaverit et iudicium eius rectum non comparuerit* », non si deve però vedere in questa contrapposizione una antitesi tra la sentenza errata in diritto a quella errata in fatto; sibbene l'antitesi tra sentenza pronunziata in base al diritto scritto, e sentenza pronunziata in base al ritrovamento del diritto non scritto (*per arbitrium*). Cfr. SCHUPFER, *Manuale di storia del diritto italiano. Le Fonti* (3ª ed., 1904) pag. 186; BETHMANN-HOLLWEG, *Der germanisch-rom. Civilpr.*, cit., I, 391-392. PERTILE, *Storia del diritto italiano* (2ª ed., Torino, 1901), volume VI, p. 2ª, pag. 219. Anche la *Lex Wisigothorum* (*L. W. recessvindiana*, ed. ZEUMER, Hannover, 1902, in *Monumenta Germaniae, historica*) Lib. II, tit. 1, c. 27 contrappone « *quod obvium iustitiae iudicatum est* » a « *quod obvium legibus iudicatum est* ».

(12) *Romanesimo e germanesimo* cit., pag. 165.

(13) SCHMIDT infatti (*Lehrbuch*, pag. 72) ritiene che il processo che altri chiama *romano-canonico* non sia che il processo longobardo trasformato dal prin-

momento, che sarebbe degno oggetto di uno studio profondo, riappa-risce nel processo italiano la possibilità di distinguere nell'attività del giudice la risoluzione di punti di fatto dalla risoluzione di punti di diritto, e conseguentemente la possibilità di classificare gli errori di giudizio in diverse categorie corrispondenti alle diverse fasi dell'attività del giudice.

8. — Ho già detto (dietro, n. 3) che sui motivi, per i quali nel diritto statutario si ammise l'esercizio della *querela nullitatis*, il diritto germanico ebbe influsso assai limitato, sicché in genere divennero motivi di annullabilità di una sentenza tutti quelli che le Fonti romane avevano considerato come motivi di inesistenza del giudicato (14). In particolare poi nessun elemento nuovo poté scaturire da fonte germanica sulla concezione dell'*error in iudicando*, poiché, come si è visto, l'errore in giudizio non era suscettibile nel processo germanico di alcuna distinzione e classificazione.

Deriva da ciò che la dottrina italiana, quando volle costruire una teoria dell'*error in iudicando*, dovette per necessità basarsi in gran parte sopra le Fonti romane. Infatti il più ricco contributo alla determinazione del concetto di sentenza viziata da errore del giudice viene raggruppato dai commentatori dei testi giustinianei intorno a quelle leggi che hanno attinenza coll'argomento: così da quelle leggi che pongono la distinzione fra sentenza data *contra ius constitutionis* e sentenza data *contra ius litigatoris* (p. es. le leggi 27 e 32 D. *de re jud.* XLII 1; 19 D. *de appell. et rel.* XLIX, 1; 1 § 2 D. *quae sententiae sine appellatione rescindantur*, XLIX. 8; 2 C. *quando prov. non est necesse* VII. 64), la dottrina cerca di trarre i principî sulle specie e la natura dell'*error iuris*; da quelle leggi che determinano le conseguenze di un errore di calcolo (p. es. le leggi 1 § 1 D. *quae sententiae sine appellatione rescindantur*, XLIX. 8; l. un. C. *de errore calculi* II. 5) e da quelle nelle quali gl'interpreti raffigurano l'ipotesi di una sentenza pronunziata *ex falsa causa* (p. es. le leggi 31 D. *de iure iurando* XII. 2; e 122 § 6 D. *de V. O.* XLV, 1), la dottrina trae un complesso di massime generali sull'*error facti*. E in questi casi, ed in altri analoghi di minore importanza, mentre assai di rado l'interpretazione del testo data dai commentatori giova a chiarire il significato originario della legge commentata, interessantissimo ed utilissimo sempre è lo studio

---

cipio romano-moderno, secondo il quale al tribunale spetta non solo il giudizio di diritto, ma anche l'esame di fatto. Cfr. anche ciò che su questo punto scrive lo stesso SCHMIDT in *Staatslehre* cit., II. Teil, pag. 472.

(14) Cfr. dietro, note 14 e 15 del § 1.

dei principî nuovi, che inconsciamente si manifestano in questo lavoro di interpretazione il più delle volte inesatta o erronea.

9. Accanto al contributo portato alla teoria dell'*error in iudicando* dai commentatori delle leggi romane, non meno importante è quello fornito dagli interpreti delle Fonti canoniche, nelle quali si trovano, in corrispondenza colla nozione di *quaestio iuris* posta in antitesi a *quaestio facti* (15), molteplici disposizioni relative alla sentenza viziata da errore di giudizio. Si hanno anzitutto, così nel *Decretum Gratiani* come nel *Liber Extra*, disposizioni in cui si afferma la nullità della sentenza che sia pronunciata *contra ius scriptum* (16) o *contra leges canonesve* (17), o in modo più ampio, della sentenza che *iniquitatem contineat manifestam* (18). Ma più di queste disposizioni relative alla sentenza in generale, sono importanti quei passi delle Decretali che si riferiscono alla validità di una sentenza di scomunica in cui si trovi un *intolerabilis error patenter expressus* (19), e quelle in cui vien posta la regola che non passano mai in giudicato e possono essere revocate, ogni volta che si dimostri in esse la esistenza di un *error probabilis*, le sentenze date *contra matrimonium* (20) e in genere tutte le sentenze in materia spirituale, nelle quali il passaggio in giudicato porterebbe seco il pericolo dell'anima (*ubicunque vertitur periculum animae*) (21). Tutte queste disposizioni dettate dalla necessità di regolare particolari rapporti di natura spirituale, hanno una grande importanza anche per la teoria generale della sentenza, poiché i commentatori tendono a derivare da esse dei principî astratti applicabili anche alla sentenza civile: vedremo anzi come in questa materia il diritto canonico abbia

---

(15) Cfr. p. es. il c. 44 X *de appell.* II. 28 e le glosse *Iuris quaestio*] e *Facti quaestio*] ove sono dati esempî relativi.

(16) C. 41 § *Item si sententia* C. II qu. 6.

(17) C. 1 X *de sententia et re jud.* II. 27: « *Sententia contra leges canonesve prolata, licet non sit appellatione suspensa, non potest tamen subsistere ipso iure* ». Cfr. anche c. 3 *eod. tit.* e c. 7 X *de conf. utili* II, 30.

(18) C. 9 X *de sent. et re jud.* II 27 « *Inter caeteras et infra. Item cum aliqua causa appellatione remota committitur sententia fertur iniqua, eam evacuari oportet; nec ei debet stari, si iniquitatem contineat manifestam* ».

(19) Cfr. c. 40 X *de sent. excommunicationis.* V. 39; c. 36 X *de off. et pot. iud. del.* I 29; c. 2, *de sent. exc.* in VI, V. 11; c. 7 § 5 *ibidem*; anche sulla validità di una sentenza di scomunica ingiusta, c. 46 C. 11 qu. 3.

(20) C. 4 X *de in int. rest.* I. 41; c. 4, 7, 10, 11. X *de sent. et re jud.* II. 27; c. 6 X *de frig. et malef.* IV. 15. Cfr. anche c. 2 § *quia ergo* C. XXXV. qu. 9.

(21) Felyno Sandeo, *Super Decret.* (citato avanti, nota 29 di questo §) ad c. 7 X *de sent. et re jud.* II. 27, *duodecima et ultima declaratio*: « *regula habet locum in quacumque materia, in qua transitus in rem judicatam induceret peccatum* ».

avuto un fondamentale influsso sulla teoria dell'errore di giudizio, e come, specialmente sull'*error facti*, abbia interamente trasformato i concetti del diritto romano.

10. — Scarsi e quasi nulli elementi portano alla teoria dell'*error in iudicando* gli Statuti comunali e le successive legislazioni particolari dei diversi Stati italiani; in quelli ed in queste, infatti, la determinazione dei motivi di nullità in genere e di quello per errore di giudizio in ispecie viene rilasciata all'*ius commune*. Di qualche norma statutaria che in modo indiretto ha relazione coll'argomento farò menzione in sèguito: per ora si può dire che, parecchi secoli prima che le R.R. C.C. piemontesi del 1770 dichiarassero nulle le sentenze « *profferte contro la disposizione delle nostre costituzioni* » (22), gli Statuti comunali, nell'imporre l'osservanza delle norme da essi dettate a tutti i magistrati ed in special modo ai giudici, stabilivano talora la nullità di ogni atto e quindi di ogni decisione in cui tale osservanza non fosse mantenuta: talché anche per la legislazione statutaria avevano occasione gli interpreti di studiare i casi in cui esistesse violazione dello Statuto, e, per conseguenza, le diverse specie di errore di giudizio (23). Nelle legi-

---

(22) R.R. C.C. 1770. lib. II. tit. XXIII, art. 3, (derivante senza dubbio dall'art. 8 del Tit. I dell'*Ordonnance civile* francese del 1667, che dichiarava « *tous arrêts et jugements qui seront donnés contre la dispositions des nos ordonnances, edits et déclarations, nuls et de nul effet et valeur* ») sul quale v. CHIOVENDA, *Principii* cit., pag. 1021, nota 1; PISANELLI, *Della Corte di Cassazione* (Napoli, 1875) pag. 19.

(23) Nella grandissima maggioranza degli Statuti si trova, generalmente in uno degli ultimi articoli, imposta la *observatio Statutorum*, e il divieto di violarli. Ma numerosi sono anche gli Statuti in cui a tale divieto è fatta seguire la sanzione della nullità degli atti compiuti violando le disposizioni statutarie: lo Statuto di Genova cit., Lib. I. cap. 17 « *Quilibet magistratus et iudex teneatur et debeat ius reddere et iustitiam facere cuicumque secundum formam capitulorum et constitutionum Reipublicae... Si quis autem dicta statuta, constitutiones capitula decreta vel ordines observare noluerit aut neglexerit... sententiae acta et alia facta excedendo iurisdictionem... non valeant nec teneant, sed sint ipso iure nulla* »; Bergamo (*Statuta magnificae civitatis Bergomi*, della seconda metà del sec. XV, editi Bergomi, 1726) Coll. XII, cap. 32 « *et quidquid contrafactum fuerit non valeat nec teneat ipso iure* ». Conegliano Veneto, Stat. del 1488 (*Statuta et provvisiones terrae Coneglani* [sic], Coneglani, 1610) Lib. II. Rub. *De appellationibus*: i giudici addetti agli appelli « *si sententiam vel praeceptum invenierint contra ordines sive statuta terrae Coneglani tunc dictam sententiam sive praeceptum incontinenti faciant incidi et annullari et illam pronuncient nullius esse roboris vel momenti* »; Ferrara, St. del 1566 (*Statuta urbis Ferrariae reformata*, Ferrariae, 1566) (Lib. I. Rub. *de observatione statutorum* cap. 2 « *si quid actum fuerit etiam praetextu stili vel consuetudinis contrarii seu contrariae, sit ipso iure et ipso facto nullum* »; Ancona, St. riform. (*Constitutiones sive statuta magnificae*

slazioni posteriori degli Stati italiani rare sono le norme che si riferiscano all'*error in iudicando* e che contribuiscano così allo sviluppo della teoria relativa. Ricordo qui la Prammatica napoletana *de dilationibus* § 20 (11 maggio 1612) (24), per la quale contro le sentenze del Sacro Regio Consiglio non si poteva dire di nullità per error di giudizio, se non per errore di diritto « *contra expressum locum iuris sive communis sive municipalis* », o per errore di fatto « *contra publicam authenticamque scripturam iam ante actis insinuatam* »; e, nella legislazione piemontese (prima della già ricordata norma delle R.R. C.C. 1770), l'Editto 23 novembre 1582, col quale contro le sentenze inappellabili del Senato si ammetteva il rimedio straordinario della « *proposition di error in fatto* », derivata evidentemente da modello francese (25). Come le norme che stabilivano la nullità di una sentenza pronunciata contro la legge indirizzavano gli interpreti a studiare i caratteri dell'*error iuris*, così le norme relative al rimedio straordinario istituito in Piemonte volsero i commentatori a studiare i caratteri dell'*error facti*; anzi gli interpreti piemontesi non solo fanno nei loro commentarî, in relazione alla proposizione di errore, la distinzione fra errore di diritto ed errore di fatto, ma anche insegnano, a similitudine di quanto fanno i giuristi francesi (26), il modo cavilloso di travestire da errori di fatto quelli che sono in realtà errori di diritto, allo scopo di estendere il rimedio straordinario della proposizione d'errore anche

---

civitatis Anconae. Anconae, 1566) Coll. II. Rub. 86 *De obs. staturorum*; Viterbo, St. del 1458-1469 riformati nel 1649 (*Statuta Viterbii*, manoscritti nella Biblioteca degli Avvocati di Firenze) Lib. IV, Rub. 14 *De nullitate cunctorum contra statuta et ordinamenta agendorum*; Forlì, St. del 1373 riform. nel 1615 (*Statuta Civitatis Forolivii*, Forolivii, 1616) Lib. V. Rub. 52; Cesena, Stat. riformati (*Statuta civitatis Cesenae*, Cesenae, 1589) Lib. IV. Rub. *quod Rectores et officiales teneantur observare statuta communis et maxime loquentia in civilibus*; Monfestino (*Statuti per la podestaria di Monfestino*, Modena, 1620) Rub. 28 *Della osservatione dello Statuto*; etc.

(24) Grimaldi, *Istoria delle leggi e magistrati del regno di Napoli* (Napoli, 1752) Vol. IX, n. 311 e segg. Per il commento a questa prammatica, cfr. Muscatelli, *Praxis civilis iudiciariae totius iudicii appellationis* Lib. II (Venetiis, 1676) Gl. *Nullitatis*, pag. 346 e segg.; S. Rovito, *Luculenta commentaria in singulares R. Neapolitani pragmaticas* (Neapoli, 1718), pag. 204 e segg.; Galluppi, *Praxis novissima sacri regii consilii neapolitani* (Neapoli, 1647). P. III, cap. IV. *De remedio nullitatis*.

(25) V. il testo dell'Editto in Sola, *Commentaria ad decreta antiqua ac nova, novasque constitutiones* (Augustae Taurinorum, 1607) pag. 631 e segg.; cfr. anche Ab Ecclesia, *Observationes forenses sacri Senatus pedemontani* (Augustae Taurinorum, 1668) Obs. 170 e segg.; Dionisotti, *Storia della magistratura piemontese*, Torino, 1881, Vol. I°.

(26) P. es. Rebuffe, *Commentariorum in constitutiones seu ordinationes regias Liber I.* (Lugduni, 1581). *Tract. de supplicationibus*, n. 70 e segg.

a quei casi in cui non ricorrono i suoi presupposti (27): astuzia forense identica nel fine, ma inversa nel mezzo, a quella con cui oggi qualche abile avvocato tenta in un giudizio di cassazione di far passare per errore di diritto quello che in realtà è un errore di fatto incensurabile in quella sede.

11. — Alla formazione di una teoria intorno all'*error in judicando* contribuirono così due confluenti principali: da una parte i commentatori delle leggi romane, a cominciar dai Glossatori (28), dall'altra gli interpreti delle Decretali (29) (nessun elemento nuovo fu portato dagli esegeti di qualche Statuto o di qualche legislazione particolare) (30) formularono, via via che il testo ne offriva loro l'occasione, una quantità di insegnamenti sulla sentenza viziata da errore, che vennero raccolti, elaborati e riuniti in un quadro più o meno sistematico nelle

---

(27) Sola, op. cit., pag. 636, n. 56, ove dà un esempio pratico del modo col quale tale mistificazione giudiziaria può esser raggiunta, allegando « *error facti... ob quem error iuris secutus est* ».

(28) Cito qui e nelle note seguenti le opere principali su cui mi sono basato in questo studio, nelle edizioni da me consultate, riservandomi di citare ai singoli luoghi di richiamo gli altri scrittori per me meno importanti: *Corpus juris civilis iustinianei cum* Accursii *commentariis* (Coloniae Allobrogum, 1612); Bartolo, *Comment. in Dig.* e *in Cod.* (Venetiis, 1570); Baldo, *id.* (Venetiis, 1615); Cino da Pistoia, *id.* (Lugduni, 1547); L. de Penna, *Commentaria in tres posteriores libros Codicis* (Lugduni, 1582); Paolo di Castro, *Comment. in Dig.* e *in Cod.* (Lugduni, 1564-65); Giasone del Maino, *id.*, (Venetiis, 1598); Alessandro Tartagni, *id.*, (Venetiis, 1570); B. Saliceti, *id.* (Lugduni, 1549); P. Decii, *In Dig. Vetus et Codicem Commentarii* (Venetiis, 1585).

(29) *Decretum Gratiani una cum Glossis* (Venetiis, 1600); *Decretales una cum Glossis addit.* A. Alciati *illustratae* (Venetiis, 1605); *Liber sextus* e *Clementinae* nella stessa edizione; Iohannis Andreae, *Comment. in Decretales* (Venetiis, 1581); Innocentii IV, *In quinque libros Decr. comment.* (Venetiis, 1578); Abbatis Panormitani, *Commentaria in Decretales etc.* (Venetiis, 1571); Felyni Sandei, *Comm. in Decr.* (Venetiis, 1574); Decii, *In Decret. commentaria* (Venetiis, 1593); Barbosa, *Comm. in Decr.* (Lugduni, 1656); Gonzales Tellez, *Commentaria perpetua in singulos textus Decr.* (Venetiis, 1760); Lancellotti, *Institutiones juris canonici* (Parisiis, 1853); Reiffenstuel, *Ius canonicum universum* (Romae, 1831-1834).

(30) Cfr. per es. *Statuta Ducatus mediolanensis commentariis... illustrata ab* Horatio Carpano (Francofordiae, 1611), al c. 131 *Rub. generalis de appellationibus* (pag. 336 e segg.); *Statutorum inclytae civitatis Bononiae cum scholiis* A. Monterentii (Bononiae, 1561) al lib. II. Rub. *de appellat.* e Rub. *de nullitatibus*; *Statuta almae Urbis Romae, cum Glossis* P. L. Galganetti (Romae, 1611), al c. 166, pag. 334 e segg.; Asinii, *Practica aurea* (Commento allo Statuto fiorentino Lib. II. Rub. 1ª *de modo procedendi in civilibus*) Venezia, 1581, specialmente § XXXI sulla nullità.

Summae e nelle *Practicae* (31). In quella fioritura di *Tractatus* giuridici che arriva fino al periodo immediatamente precedente alle moderne codificazioni, l'ultima elaborazione alla quale sia giunta in Italia la teoria dell'*error in iudicando* come vizio della sentenza civile si trova esposta dal VANZI nel suo celebre trattato *De nullitatibus processuum ac sententiarum* (32) e da ALTIMARO, nel *Tractatus de nullitatibus sententiarum* (33). Scritti monografici che studiino di proposito l'errore di giudizio, non ne conosco nella letteratura del diritto comune italiano: una raccolta dei casi in cui una sentenza può dirsi viziata da errore di diritto si trova in una *Collectanea regularum iuris* che va sotto il nome di BARTOLOMEO SOCINO (34); osservazioni di singolare acutezza sui caratteri dell'*error iuris* nella sentenza si trovano anche in una trattazione del giureconsulto PINELLO (35). Ma sono indagini frammentarie, senza alcuna pretesa sistematica.

12. — Chi voglia costruire una teoria sistematica sull'*error in iudicando*, deve evidentemente muovere dall'analisi della normale operazione logica, attraverso la quale passa la mente del giudice nel formare la sentenza, per poter così, dalla chiara nozione dei diversi momenti nei quali il giudice può errare, determinare le diverse specie di errore in cui il giudice può incorrere (36). Ora un'analisi dell'operazione logica in che consiste la funzione del giudicare, non è stata, a mia scienza, dai Dottori del diritto comune, nonché tentata, neppur

---

(31) Specialmente TANCREDI, *Ordo iudiciarius* in *Tractatus illustrium jurisconsultorum*, Venetiis, 1584, vol. III. pag. 44, in cui si trovano anche i trattati *De ordine judiciario di* GUIDO DI SUZARIA, IACOPO GENTILE, ODOFREDO BENEVENTANO, e di PLACENTINO, *De judiciis*); cfr. anche i citati nella nota 9 del § 1; AZONE, *Summa sive locuples juris civilis thesaurus* (Venetiis, 1610); HOSTIENSIS, *Summa aurea* (Venetiis, 1574); ROLANDINUS, *Summa totius artis notariae* (Venetiis, 1574); E. DURANDI, *Speculum iudiciale* (Venetiis, 1566); MARANTA, *Speculum aureum* (Venetiis, 1615); DE FERRARIIS, *Aurea practica* (Venetiis, 1610); etc.

(32) Nel *Tractatus illustrium jurisconsultorum* Vol. IV. pag. 371 e segg., specialmente il Cap. XIII. *De nullitate ex defectu processus, sive ordinis judiciarii ac solemnitatis et formae ipsius sententiae.*

(33) *De nullitatibus sententiarum et contractuum etc.* Venetiis, 1706-27. Volume I°, specialmente Rub. XIII. quest. 29. L'argomento delle nullità trovasi trattato anche dallo SCACCIA nei suoi lavori di diritto giudiziario, in specie in *Tractatus de appellationibus* (Roma, 1612) e in *Tract. de sententia et re iudicata* (Roma, 1628). Lo stato della dottrina più recente sulla nullità può vedersi riassunto da SABELLI, *Summa diversorum tractatuum*, § *Nullitas*, Vol. III (Venetiis, 1748).

(34) In appendice a BARTHOLOMEI SOCINI, *Commentariorium Pars II* (Venetiis, 1572). Cfr. anche LUDOVICO ROMANO, *Singularia* (in *Singularia praeclarissima plurimorum insignium doctorum*, Venetiis, 1557) n. 215, pag. 29.

(35) *Selectarum iuris interpretationum*, Vol. 1° (Venetiis, 1613) cap. 19.

(36) V. *La genesi* cit., n. 1.

lontanamente intravista. Una sola trattazione conosco che abbia attinenza coll'argomento, la *disputatio* « *de iuris et facti quaestionibus* » di DUARENO, giureconsulto francese del secolo XVI (37); ma essa, con speciale riguardo alla legge di ULPIANO 79 § 1 D. *de iudiciis* V. 1 (38), si limita a distinguere la *quaestio facti* dalla *quaestio iuris*, senza analizzare quale via razionale conduce il giudice alla risoluzione di queste diverse questioni.

Se dunque nella letteratura del diritto intermedio manca uno studio sistematico sul normale procedimento logico della mente del giudice, a maggior ragione manca una indagine fatta con criterio scientifico sulle anormali deviazioni di questo procedimento: la dottrina, infatti, si limita a contrapporre l'*error iuris* e l'*error facti* considerandoli esteriormente come antitetici, mentre poi in sostanza — lo vedremo — ne confonde la natura e ne accomuna gli effetti; cerca di precisare in che devono consistere le qualità di *expressus* e di *causalis*, che l'errore deve avere per produrre la nullità di una sentenza; indaga minutamente quando un *error* possa dirsi *intolerabilis*, quando la *iniustitia* possa dirsi *notoria*, quando la *iniquitas* possa dirsi *manifesta*. Ma non trova, anzi non cerca, il sistema.

Ciò premesso, s'io volessi in questo studio riferire semplicemente e fedelmente quanto la dottrina italiana intermedia produsse sull'*error in iudicando*, dovrei limitarmi a riportare un elenco di osservazioni slegate e frammentarie, trascrivendole da uno dei trattati più recenti, come p. es. quello del VANZI, ove i principî acquisiti in materia dell'*ius commune* si trovano giustapposti in un quadro riassuntivo. Ma io credo che la grande utilità, che, negli studî giuridici in genere ed in quelli processuali in ispecie, può ritrarsi dalle indagini storiche, a pieno si raggiunge solamente quando tali indagini siano condotte con criterî scientifici moderni, quando cioè si cerchi di ricostruire gli istituti giuridici delle età trascorse non già coi concetti della dottrina contemporanea ad essi, ma coi concetti della nostra scienza attuale. Per questo, la classificazione dei principî formulati dal diritto comune intorno all'*error in iudicando* sarà fatta nelle pagine seguenti in base ad un criterio che il diritto comune non conobbe, ma che corrisponde alla concezione che si può avere oggidì del fenomeno logico attraverso il quale la sentenza si forma.

Insegnano i moderni processualisti che la mente del giudicante compie, per giungere a formulare la sua decisione, una serie di sillo-

---

(37) Visse dal 1509 al 1589 e insegnò a Bourges. La *disputatio* si trova in DUARENI, *Disputationum anniversariarum lib. I.* (in *Opera omnia*, Vol. II. Aureliae Allobrogum, 1608).

(38) V. sull'interpretazione di questa legge, VASSALLI, scritto cit., pag. 9.

gismi, l'uno concatenato all'altro, in modo che la conclusione del sillogismo antecedente serve da *propositio minor* al sillogismo susseguente, fino a giungere alla conclusione dell'ultimo che contiene la vera e propria sentenza (39). Gli errori di giudizio possono essere, in conseguenza, distinti in tre diverse classi, secondoché si riferiscono alla premessa maggiore, alla premessa minore, o alla conclusione di uno qualunque dei suddetti sillogismi concatenati: gli errori relativi alla premessa maggiore potranno essere errori di diritto o errori contro l'esperienza generale, secondo che questa premessa sia una norma giuridica o una massima di esperienza; quelli relativi alla premessa minore potranno essere di fatto, sull'esistenza concreta del singolo avvenimento, o errori di diritto, sull'esistenza di certi caratteri giuridici in questo singolo avvenimento; gli ultimi poi, relativi alla conclusione, saranno generalmente errori *logici*, in quanto il giudice deduca dalle due premesse rettamente poste una conclusione che per le leggi del normale raziocinio non ne deriva (40).

Orbene, nell'esporre i principî stabiliti dalla dottrina italiana intermedia sull'*error in iudicando*, io classificherò le diverse specie di errori nelle tre categorie suddette: ancora una volta avvertendo che questa classificazione sistematica è interamente ignorata dagli scrittori del diritto comune, e vien qui adottata, anziché allo scopo di descrivere la teoria dell'*error in judicando* dallo stesso punto di vista onde la consideravano gli antichi Dottori, allo scopo principale di illuminare con criterî moderni principî ed istituti sorti ed elaborati in uno stato dottrinario interamente diverso dall'attuale.

§ 3. — Classificazione degli « errores in iudicando ».

I) Errore relativo alla premessa maggiore

A) *Errore di diritto.*

13. — Nella raccolta di *Regulae iuris* che, come ho già ricordato, è attribuita al giureconsulto Bartolomeo Socino, è posta la massima che « *sententia contra ius expresse lata ipso iure non valet* » (1); prima

(39) Letteratura sull'argomento nel mio scritto *La genesi* cit.

(40) A una classificazione degli *errores in iudicando* simile a questa accenna il Wach in *Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung* (2. Auff. Bonn, 1896) pag. 290. Cfr. anche Stahl, *Zur Lehre von der Revision* (*Archiv. für die civ. Praxis*. Vol. LXVII), che distingue razionalmente le diverse specie di errore di giudizio.

(1) A pag. 51 dell'Appendice citata nella nota 34 del § 2.

di passare all'indagine del significato e della estensione di tale aforisma, ripetuto, in forma più o meno simile a questa, da tutta la dottrina del diritto comune, bisogna fermarci un istante sul concetto di *ius*, la cui violazione importa, secondo la massima suddetta, nullità della sentenza. Stabilire in modo compiuto quali fossero, nel periodo che va dalla rinascita del diritto romano fino alle codificazioni, le norme di *ius* oggettivo che il giudice doveva applicare nelle sue decisioni, equivarrebbe ad affrontare l'argomento complicato e vastissimo della storia delle Fonti, che soverchierebbe il limitato tema di questo studio (2). Qui mi limiterò invece a riferire le diverse categorie di *ius* che gli scrittori considerano in relazione alla nullità della sentenza, distinguendo l'*ius scriptum* dall'*ius non scriptum*.

14. — *a*) Per ciò che si riferisce al diritto scritto, il DURANDI (3), enumerando le diverse cause per cui una sentenza può essere nulla, fa rientrare nel caso di nullità *ratione manifestae iniquitatis* la sentenza che « *contra ius scriptum canonicum vel divinum vel civile feratur* », equiparando così alle leggi romane (*ius civile*) le leggi canoniche (*ius canonicum*), in conformità del c. 1 X *de sent. et re iud.* II. 27, che considera ugualmente nulla la sentenza « *contra leges canonesve prolata* » (per ciò che si riferisce all'*ius divinum* v. avanti, n. 17). La nullità di una sentenza data *contra ius civile* esiste, s'intende, solo in quanto la legge particolare del luogo ove la sentenza è pronunciata non abbia abrogato la norma di *ius civile* (4); e in quanto alla nullità della sentenza data *contra canones*, avverte PINELLO (5) che ciò « *debet intelligi in terris subiectis iurisdictioni pontificiae (si simus extra materiam peccati), vel in quibus statur iuri canonico* ».

Altra fonte di diritto positivo, e quindi altra causa di nullità del giudicato in caso di trasgressione (nei limiti che esamineremo al seguente n. 15), sono gli Statuti e le Costituzioni dei singoli nuclei politici, ai quali il giudice deve uniformarsi nel territorio in cui hanno vigore (6), anche se abrogano qualche norma di diritto civile o cano-

(2) Sull'argomento cfr. SCHUPFER, op. cit., *passim*.

(3) *Speculum* citato, Lib. II. Partic. III. Rub. *Sententia in iudicio prolata qualiter impugnetur*, n. 1 e segg.

(4) Lo SCHUPFER, op. cit., pag. 444 e segg. mostra come molte volte il diritto statutario derogasse espressamente al diritto civile; un esempio di ciò può vedersi nelle disposizioni statutarie riferite dietro, note 11 e 12 del § 1.

(5) Scritto citato, n. 19.

(6) PAOLO DI CASTRO, *Consilia* (Venetiis, 1580-81) Lib. II, cons. 98; SOCINO M., *Consilia* (Venetiis, 1580) Lib. II, cons. 207, n. 11; TARTAGNI, *Consilia* (Venetiis, 1578) Lib. II, cons. 81, nn. 1-2; FELINO, op. cit., in c. 1. X *de sent. et re iud.* n. 1 *amplia secundo*; VANZI, op. loc. cit., n. 124; ALTIMARO, op. cit., Rub. XIII, quest. 29, n. 29.

nico o se dispongono su materia da questi diritti non preveduta (7). Ciò peraltro sotto la condizione, che esaminerò tra poco, che lo Statuto sia *in corpore iuris clausum*, poiché « *situatio in volumine statutorum est de essentia statuti* » (8). Lo stesso si deve dire del *rescriptum principis*, il quale ha forza di legge solo in quanto sia stato accolto nel diritto costituito come legge generale (9), a meno che non contenga una semplice interpretazione di diritto oscuro (10); e delle epistole pontificie (11).

La giurisprudenza non è fonte di diritto positivo; quindi, giusta il precetto romano che « *non exemplis, sed legibus iudicandum est* » (12), non si considera come data *contra ius* la sentenza che va contro la giurisprudenza prevalente, anche se questa è costituita da decisioni di un tribunale supremo: così, per esempio, non è nullo il giudicato che vada « *contra decisiones Dominorum de Rota Romana* », perché, al dir dello Scaccia, « *Domini praefati non habent potestatem legis condendae, nec eorum decisiones, quamvis magistrales et magni ponderis sint, vim legis obtinent* » (13). A questa regola però si faceva eccezione per la giurisprudenza derivante dal Sacro Regio Consiglio di Napoli, in quanto ritenevasi che, essendo le sentenze di questo tribunale pronunciate in nome del re, dovessero avere forza di legge (14).

Forza di legge era riconosciuta ai decreti della Sacra Congregazione del Concilio Tridentino o di altra Congregazione romana (15). Invece non erano fonte di diritto positivo le regole della Cancelleria Apostolica (16).

---

(7) Altimaro, op. loc. citati.

(8) Giasone, ad l. 32 D. *de re iud.* XLII, 1. n. 8; Panormitano ad c. 1 X *de sent. et re iud.* II, 27, n. 16; Felino, loc. cit., n. 3 ed autori ivi citati.

(9) Così gli scrittori più recenti, come Felino, l. c. n. 12; Pinello, *Selectarum iuris interpretationum* cit., cap. 19, nn. 16-20; Altimaro, l. c. nn. 70-73. Ma interpreti più antichi, come Azone, *Summa*, Lib. VII, Rub. *de sent. et interloc.*, n. 4 ed Ostiense, *Summa*, Lib. II, Rub. *de sententia*, n. 5, sull'autorità della l. 1 pr. D. *de const. princ.* I, 3, secondo la quale « *quod principi placuit, legis habet vigorem* », insegnano invece che è nulla anche la sentenza data contro il *rescriptum principis*, poiché « *principis sententiae leges sunt* ».

(10) Pinello, scritto cit., n. 21.

(11) Altimaro, loc. cit. n. 74.

(12) l. 13. C. *de sent. et interl.* VII, 45, Azone, l. c.

(13) Scaccia, *Tract. de sententia et re iud.*, citato, Glossa 14, quest. 24, nn. 1-19; Altimaro, l. c. n. 17.

(14) Scaccia, loc. cit. nn. 57-58; Altimaro, loc. cit. n. 18.

(15) Altimaro, loc. cit. n. 68.

(16) Felino, al c. l. citato, n. 12; Altimaro, l. c. n. 69; Cassadoro (Referendario di Segnatura, *Decisiones seu conclusiones aureae*, Venetiis, 1544) *Decis.* VII, n. 5.

15. — Per il principio « *Iura novit Curia* » (17), il giudice ha l'obbligo di conoscere di ufficio le norme che deve applicare nella sua sentenza e quindi, come regola generale, non importa che la parte alleghi e provi al giudice la esistenza di tali norme, « *quia semper habentur pro productis* » (18). Questo principio però vale soltanto per le norme di *ius generale*; e affinché una norma possa dirsi di *ius generale*, occorre anzitutto ch'essa sia racchiusa nella raccolta ufficiale delle leggi vigenti nel luogo ove la sentenza vien pronunciata, o, come si dice, occorre ch'essa sia *in corpore iuris clausa*, perché « *ius non clausum in corpore iuris non est ius generale* » (19).

La regola « *Iura novit curia* » non vale dunque per quelle norme che non siano *in corpore iuris clausae*, quali sarebbero gli Statuti di un Comune diverso da quello in cui il giudice deve decidere, le leggi riformatrici (*reformationes*) che non siano state ancora inserite nella raccolta degli Statuti, e in generale tutte quelle norme che, non essendo ancora entrate a far parte del corpo del diritto ufficiale, vengono chiamate *extravagantes* (20). Per simili leggi *extravagantes* non esisteva l'obbligo del giudice, di conoscerle e di applicarle d'ufficio; ma, ammettendosi al contrario che il giudice per la difficoltà di procurarsene notizia, ne potesse ignorare la esistenza, si consideravano alla pari di semplici circostanze di fatto e si esigeva quindi che la parte, per valersene in giudizio, le allegasse e le provasse (21). Trattate alla stessa stregua delle private scritture, le stravaganti dovevano essere allegate nel termine dato « *ad producenda iura* » (22); ma, anche

---

(17) Il c. 44 X *de appell.* II. 28 già citato, distinguendo la *quaestio iuris* dalla *quaestio facti*, dice che per la prima « *probationes necessariae non existunt* ». V. sulla massima *Iura novit Curia* nel diritto intermedio, WETZELL, op. cit., pagg. 178-179 e pag. 521; SCHUPFER, op. cit., pag. 188. Sulla stessa massima nel diritto moderno, v. autori citati alla nota 107 dello scritto *La genesi* etc. citato.

(18) BARTOLO, ad. l. 9 D. *de iust. et iure* I, 1; l. 2 C. *si contra ius* I, 22; v. anche FELINO ad c. 1. X *de sent. et re iud.* n. 3; PAOLO DI CASTRO, ad l. 32 D. *de re iud.* XLII, 1.

(19) BARTOLO ad l. 32 D. *de re iud.* XLII, 1. e ad l. 2 C. *quando prov.* VII, 64; PAOLO DI CASTRO, alle stesse leggi e ad l. 19. D. *de appell.* XLIX, 1; TARTAGNI, ad l. 32. D. XLII, 1, n. 19; GIASONE, alla stessa legge, nn. 5 e 6; SALICETO ad l. 2 C. VII, 64, n. 3; PANORMITANO ad c. 1 X *de sent. et re iud.* II, 27, nn. 12 e 16; FELINO, ivi, n. 12; *Collectanea* attribuita a SOCINO, regola cit., *secundo fallit*; VANZI, l. c. n. 124.

(20) La stessa regola si applica alle sentenze del principe: regola attr. a SOCINO, *quarto fallit*: « *... si quis produxerit iudici sententiam imperatoris et iudex pronunciaverit, cum talis sententia non sit clausa in corpore juris* ».

(21) FELINO, loc. cit. insegna che la legge *extravagans* « *non est iuris sed facti, immo ab allegante ea probari debet* ».

(22) PAOLO DI CASTRO ad l. 27. D. XLII, 1, n. 3 « *... sunt allegandae et pro-*

quando la parte aveva adempiuto a quest'obbligo, il giudice poteva non prestar fede all'autenticità dell'allegazione, ov'essa non apparisse nella forma ufficiale, cioè da una « *testificatione officialis deputati super reformationibus* » (23).

Se le norme *extravagantes* erano parificate in giudizio alle semplici affermazioni di fatto, la sentenza che contenesse la violazione di una di queste norme non si considerava viziata da *error iuris*, ma da *error facti*, e, per conseguenza, di regola non era colpita da nullità: « *Sententia lata contra legem non valet, verum est quando illa lex est in corpore iuris inclusa, secus si sit extravagans. Et tene menti istam lectionem et facit quod si sunt data statuta iudici et pronunciat secundum illa et est quaedam reformatio extra volumen, contra quam est lata sententia, non est ipso iure nulla, quia non est in volumine statutorum posita* » (24).

Tuttavia vi erano dei casi in cui si ammetteva che anche la violazione di una norma *extravagans* producesse nullità della sentenza; ciò avveniva quando la *extravagans*, quantunque non registrata *in corpore iuris*, fosse però « *nota in loco iudicii et in scholis* » (25), specialmente quando il giudizio si svolgeva nel luogo ove tale legge era stata pronunciata, « *quia facta in consilio populi habentur pro notoriis in civitate* » (26); quando la *extravagans* era stata prodotta colla attestazione ufficiale cui sopra ho accennato, perché in questo caso il giudice « *non potest ignorantiam praetendere, cum habeat illi credere* » (27); quando, finalmente, « *pars petivisset ut iudex de extravagante consuleret superiorem, quia, si petitus hoc non fecit, sententia est nulla* » (28).

---

ducendae, et in termino dato ad producenda iura sicut instrumenta; alias videtur quod non possint prodesse ».

(23) Paolo di Castro ad l. 32, D. XLII, 1, n. 2.

(24) Bartolo, ad l. 32 D. *de re jud.* XLII, 1, e autori citati alla nota 19 di questo § 3.

(25) Giasone, ad l. 32. D. XLII, 1, n. 6; Regola attr. a Socino, *secundo fallit*; Panormitano, ad c. 1 cit. n. 12, che dà l'esempio di una Decretale stravagante e tuttavia notissima nelle scuole; Felino, *ibid.* n. 12.

(26) Tartagni, ad l. 32 D. XLII, 1 cit. nn. 13, 14, 19; e *Consiliorum* lib. II cons. 81, nn. 1 e 2; Saliceto, ad l. 2 C. VII, 64, n. 3, insegna che la ignoranza delle *reformationes* « *potest procedere extra locum edictarum et promulgatorum constitutionum, sed non in loco in quo sunt edictae, quia facta in consilio populi habentur pro notoriis in civitate* ». Contro, Paolo di Castro, alla stessa legge, per il quale notorietà non sussiste in questo caso, perché il consiglio del popolo rappresenta il popolo, ma non è eguale ad esso.

(27) Paolo di Castro, ad l. 32 cit. n. 2.

(28) Felino, ad. c. 1 cit. n. 12.

16. — Come non si considera *ius generale* la legge che non è redatta in volume con quelle garanzie che mirano a farla conoscere alla generalità dei cittadini, così non si considera legge generale la cosidetta *lex privata*, cioè un *ius privilegii* stabilito a favore del singolo. Quindi se una sentenza decide *contra ius privilegii*, non è nulla, ma semplicemente appellabile, come espressamente stabilisce il c. 21 X *de sent. et re iud.* II. 27 (29).

17. — Abbiamo veduto che il DURANDI classifica tra le sentenze nulle anche quella che sia pronunciata *contra ius divinum*. Tale regola si riferisce alle materie spirituali, nelle quali si considerano come fonte di diritto anche i Libri Sacri (30); e un'applicazione caratteristica di essa si trova fatta nelle Fonti canoniche a proposito della sentenza di scomunica, in cui siano violati i precetti delle Sacre Scritture che stabiliscono quali atti sono peccaminosi: *error intolerabilis*, può infatti ritenersi, secondo i commentatori delle Decretali (31), quello contenuto in una sentenza di scomunica, che consideri come peccato un atto che non è peccaminoso o che anzi è in sé lodevole. L'esempio portato dalla Glossa (32) suppone che il giudice abbia scomunicato alcuno « *quia non furatur, vel quia non ducit ei aliquam meretricem, vel quia non est inobediens suo praelato* »; e il c. 7 *de sent. excomm.* in VI, V. 11 porta esempî analoghi, dichiarando nulla la sentenza che scomunica alcuno « *quod elemosynam pauperi tribuebat vel quia faciebat aliquid aliud, quod in se bonum est, aut quia non operabatur id quod suo actu illicitum est* ». In simili esempî, in cui lo scomunicante commette un errore (33) relativo alle leggi canoniche che stabiliscono quali atti siano peccaminosi, la sentenza di scomunica è nulla, perché in materia spirituale la legge canonica equivale alla legge civile in materia temporale, e identici sono gli effetti della sua violazione.

---

(29) FELINO, al c. 1 cit. n. 15; PANORMITANO, ivi, nn. 18 e 19 e al c. 21 X *de sent. et re jud.* II, 27.

(30) SCHIAPPOLI, *Manuale del diritto ecclesiastico* (Torino, 1902), Vol. 1, pag. 20; FRIEDBERG-RUFFINI, *Trattato del diritto ecclesiastico*, Torino, 1893 lib. III § 31, pag. 181 e segg.

(31) PANORMITANO ad c. 40 X *de sent. exc.* V. 39, n. 11; FELINO, *ibidem*, n. 2.

(32) Glossa *Intolerabilem errorem*] al citato c. 40 X *de sent. exc.* V. 39.

(33) Tornerò in seguito sulla natura di questo errore; si noti fin d'ora che la Glossa *Intolerabilem errorem*] al c. 40 X *de sent. excomm.* V. 39 considera questo come un errore di fatto che non rende nulla la sentenza: « *haec intelligit tantum de errore iuris; unde... tenet excommunicatio, ut si dicat sic: excommunico illum quia non adulteratur* etc. ».

18. — Può darsi che una legge scritta, quantunque regolarmente registrata *in corpore iuris*, sia caduta in desuetudine. Se una sentenza decide contro una cosiffatta legge, dovrà essa considerarsi nulla, come quella che è pronunciata *contra ius*? La risposta dipende dalla risoluzione che si dà ad un'altra questione: se la desuetudine possa aver forza di abrogare una legge scritta. Infatti PIETRO DEGLI ANCARANI, nel presupposto che la legge caduta in desuetudine non abbia più vigore di legge, insegna che « *sententia lata contra statutum non usitatum est valida* » (34), mentre ANGELO ARETINO, nel presupposto che la legge, una volta entrata in vigore, non possa per desuetudine perdere la sua efficacia, opina che la sentenza è valida solo se sia pronunciata contro uno statuto che « *a principio nunquam fuit receptum moribus utentium* » (35).

19. — *b*) Gli stessi principî che valgono per le leggi scritte *extravagantes*, valgono per l'*ius non scriptum*, ossia per il diritto consuetudinario. Anche per questo non esiste per il giudice l'obbligo di essere informato, poiché la consuetudine non resulta da nessuna fonte ufficiale, ma deriva da una serie di fatti della vita ordinaria, che il giudice può benissimo ignorare. La consuetudine, quantunque dia luogo a un *ius*, tuttavia « *consistit in facto* » e come un fatto dev'essere allegata e provata in giudizio (36). Di conseguenza, se il giudice commette nella sua decisione una violazione della consuetudine, il suo errore può derivare dall'essersi ingannato sull'esistenza di quei fatti da cui la consuetudine risulta, e si considera quindi un errore di fatto.

Per tal modo la sentenza data *contra ius non scriptum* non si considera nulla « *propter dubium facti* » (37). « *Si enim* — osserva il PANORMITANO — *datur probabilis ignorantia, debet tenere sententia, sicut tenet sententia contra legem extravagantem* » (38).

Anche la sentenza data *contra consuetudinem* può però essere nulla, quando questa consuetudine è « *notoria tam in populo quam in iudicio* » (39) (salvo peraltro il caso che il giudice fosse tale « *qui pro-*

---

(34) *Comm. ad Cle.* 1 *de reb. eccl. non alien.* citato da FELINO, ad c. 1 X *de sent. et re iud.* II, 27, n. 3.

(35) *Comm. ad* l. 19 D. *de appell.* XLIX, 1, anch'esso citato da FELINO, l. c. Cfr. TARTAGNI, ad l. 32 D. *de re iud.* XLII, 1, n. 17.

(36) FELINO, ad c. 1 citato, n. 5. Cfr. sulla prova in giudizio del diritto consuetudinario WETZELL, op. cit., § 20, nota 8 (pag. 179); SCHUPFER, op. cit., pagg. 188-189, sulle ragioni di questo principio.

(37) BALDO ad l. 2 C. VII, 64; CINO DA PISTOIA ad l. 33 D. *de legibus* I, 3.

(38) Ad c. 1 cit. n. 17; PAOLO DI CASTRO ad l. 1 § 2 D. XLIX, 8.

(39) BALDO, loc. cit.; PANORMITANO, l. c.; FELINO, ad c. 1 cit. n. 4 *amplia tertio*; TARTAGNI, GIASONE, PAOLO DI CASTRO, alla l. 32, cit.; regola attribuita a SOCINO, *tertio fallit*; VANZI, l. c. n. 124; ALTIMARO, l. c. nn. 19 e 20.

babiliter posset ignorare consuetudines loci », come sarebbe uno straniero) (40); simile eccezione, che abbiamo già vista anche per le leggi *extravagantes*, deriva dall'applicare a questa materia le regole dell'*error facti*, il quale appunto, come si vedrà, produce nullità della sentenza solo quando è errore su fatto notorio.

I principî esposti per la *consuetudo* si applicano anche allo *stylus*, che vien definito da ALTIMARO (41) una « *consuetudo iudiciaria continens ordinem et seriem rerum gerendarum* ».

20. — Dopo aver considerato le diverse specie di norme delle quali la dottrina intermedia considera la violazione, bisogna ora fermarci a considerare la diversa natura che può nei varî casi presentare la violazione medesima.

Gli errori di diritto relativi alla premessa maggiore del sillogismo attraverso il quale la sentenza si crea, sono errori sulla esistenza e sul significato della norma generale ed astratta, per causa dei quali il giudice pone a fondamento della sua decisione una norma che non trova giustificazione nel diritto oggettivo: in questi casi dunque il giudice non si limita ad errare sul singolo e concreto rapporto giuridico sottoposto alla sua decisione, ma erra nello stabilire una norma di diritto comprensiva, applicabile, secondo il suo erroneo parere, così al caso presentatogli come all'infinità dei casi analoghi che eventualmente possano prodursi nel mondo giuridico. Di questi errori di diritto sulla norma astratta la letteratura del diritto comune configura diversi esempî, che differiscono tra loro per natura e per gravità.

21. — *a*) Il caso tipico di errore di diritto relativo alla premessa maggiore è l'errore *contra literam legis*, per il quale il giudice pone a fondamento della sua sentenza una norma di carattere generale inconciliabile colla chiara espressione letterale di una legge vigente. La nozione di questo errore è tratta dalle Fonti romane, le quali fanno appunto la ipotesi di una sentenza data « *contra iuris rigorem* » (42), « *contra iuris formam* » (43), e, quando vogliono mostrare la differenza tra una sentenza pronunciata *contra ius litigatoris* ed una *contra ius constitutionis*, adducono per questa seconda specie esempî di sentenza

---

(40) FELINO, l. c. n. 5.

(41) Op. loc. cit. nn. 76-86; VANZI, op. loc. cit., n. 124. Cfr. GUIDO PAPA, *Decisiones* (Venetiis, 1569), *quaest.* 292, nn. 2 e 3.

(42) l. 19 D. *de appell.* XLIX, 1.

(43) l. 2 C. *quando prov. non est necesse*, VII, 64.

in cui il giudice afferma come precetto di diritto una massima letteralmente contraria al testo della legge costituita (44).

Si trova dunque affermata dalla dottrina, secondo il principio romano, la massima che « *sententia lata contra legis tenorem ipso iure non tenet* » (45), ossia che la sentenza viziata da errore di diritto contro la lettera della legge è sempre nulla. E in generale, quando si parla semplicemente di sentenza data *contra ius*, si intende riferirsi a questo caso di errore *contra literam*: infatti gli esempî di sentenza *contra ius* che costantemente si ripetono sono quelli tratti dalle Fonti romane (46); ed anche quando i Decretalisti portano esempî derivati dal diritto canonico, li costruiscono sempre sullo stesso schema, supponendo che il giudice abbia nella sua sentenza affermato un principio testualmente opposto ad una disposizione di legge (p. es. che il giudice, contrariamente al precetto canonico (47) secondo cui non può esser vescovo chi non ha compiuto trent'anni di età, abbia affermato che chi ha età minore di trent'anni può essere vescovo) (48).

22. — *b*) Accanto all'errore *contra literam*, considerano gli scrittori quello *contra rationem legis*, per il quale il giudice pone a premessa maggiore del suo sillogismo una norma, che, pur non contrastando materialmente contro i *verba* di una legge vigente, è però in contraddizione collo spirito di questa legge. I Decretalisti, e in specie l'Abate Panormitano (49), affermano a questo proposito che non solo è nulla, come il diritto romano insegna, la sentenza data *contra verba legis*,

---

(44) P. es.: il diritto romano ammetteva che per certe ragioni di età, di figliuolanza, di privilegio il cittadino poteva esser dispensato dall'ufficio di tutore (l. 1 C. *qui num. lib.* V, 66; l. 3 C. *de his qui num.* X, 51; l. 2 § 1 D. *de vacat. et exc. mun.* L, 5); ora nell'esempio di sentenza *contra ius constitutionis* portato da Macro (l. 1 § 2 D. *quae sent. sine app. resc.* XLIX, 8), il giudice afferma, in modo letteralmente opposto, che « *neque filios, neque aetatem, aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse* ». Esempio analogo nella l. 2 C. *quando prov. non est necesse* VII, 64, in cui il giudice viola la lettera della l. 5 D. *qui test. facere possunt.* XXVIII, 1.

(45) Baldo, ad l. 2 C. *quando prov.* VII, 64; Saliceto, *ibidem*, n. 1.

(46) Nel *Decretum Gratiani*, c. 41 C. 11 qu. 6 si porta appunto l'esempio del testamento del minore di XIV anni: cfr. anche Durandi, *Speculum*, Lib. II, part. III. Rubr. *Sententia* cit. n. 22. De Unzola, *Apparatus* alla citata *Summa* di Rolandino, Pars. III. Cap. IX. Rub. *de sententiis* al c. *Quia sententia.* Cfr. del resto, in varie parti di questo studio citati più volte anche dai Canonisti gli esempî romani.

(47) C. 7 X *de electione*, I, 6.

(48) Ostiense, Summa, Lib. II. Rub. *de sententia*, 5. *Qualiter proferri debeat, Quinto.* Cfr. anche Felino al c. 1 cit., n. 9; Panormitano, *ibidem*, n. 6.

(49) Ad c. 1 cit. n. 14; Felino, *ibidem*, n. 7. V. anche in questo senso Rovito, *Super Pragm.* citato, ad Pr. 4 *De dilationibus*, n. 13, op. cit., pag. 206.

ma anche quella che va contro la *ratio* o *mens legis*: e simile affermazione, che GIASON DEL MAINO chiama « *notabile dictum* », si inspira evidentemente ad un principio meno rigido e meno formalistico di quello contenuto nelle Fonti romane, e rappresenta una novità sorta dall'influsso del diritto canonico, più inclinato in ogni teoria a far prevalere sull'elemento formale l'elemento sostanziale (avanti, n. 64). Non però questo nuovo principio fu accolto concordemente da tutti quanti gli scrittori, e sulla sua fondatezza specialmente i commentatori delle leggi romane sollevarono obiezioni: lo stesso GIASON DEL MAINO, per esempio, afferma che, se l'errore di diritto per rendere nulla la sentenza deve essere espresso (sul che avanti, n. 42 e segg.), l'errore contro lo spirito della legge non può mai considerarsi espresso, né può quindi produrre nullità: « *Puto istud notabile dictum Abbatis non esse verum, quia, cum sententia iudicis est contra mentem legis, ille error non potest oculis corporeis videri* » (50). E già prima di lui insegnava CINO DA PISTOIA (51) che sentenza *contra ius* può dirsi soltanto quella che viola la lettera della legge: « *Est sententia contra ius quando reperitur lex scripta in terminis occurentibus; secus si termini differunt, licet propinqui sint et habeant rationis paritatem* ».

Da queste parole di CINO, che negano così esplicitamente la nullità della sentenza data *contra legis rationem*, e da alcune osservazioni che sull'argomento fa PINELLO (52), si può con bastante chiarezza ritrarre qual'è il criterio col quale il diritto comune distingue la sentenza *contra literam legis* da quella *contra rationem legis*. Sentenza contro la lettera della legge è quella che si basa sopra una massima contraria ad una legge vigente, posta proprio per quello specifico rapporto che si verifica nella fattispecie concreta (cioè ad una legge *specificis terminis loquens*); ciò avviene appunto nei già ricordati esempî delle Fonti romane. Sentenza contro la *ratio* della legge è invece quella che si basa sopra una massima contraria ad una legge vigente, la quale non regola in modo specifico il rapporto controverso, ma, in modo generico, diverse specie di rapporti, tra cui rientra anche quello dedotto in lite: « *lex comprehensiva, hoc est, quae comprehendit sub sua decisione casum propositum* » (53).

---

(50) Ad l. 122 § 6 D. *de verb. oblig.* XLV, 1, n. 52 e segg.; P. DECIO, ad l. un. C. *de err. calc.* II, 5 n. 11; TARTAGNI, ad l. 32 D. XLII, 1, n. 6; ALTIMARO, *op. loc.* cit., nn. 21-24.

(51) Ad. l. 1, C. I, 14: cfr. PANORMITANO, l. c. alla nota 49 di questo paragrafo 3.

(52) Scritto cit. n. 36 e segg.

(53) PINELLO, l. c. n. 36.

23. — *c*) Diversa dalla sentenza *contra literam* e da quella *contra rationem* è quella *contra simile legis*. Mentre nella prima il giudice prende a premessa maggiore del suo sillogismo una massima contraria ad una legge posta *specificatamente* per il rapporto controverso, e nella seconda una massima contraria ad una legge posta *genericamente* per diverse specie di rapporti, tra i quali rientra anche quello controverso, nel caso di sentenza data *contra simile legis* il giudice assume a base della sua decisione una massima contraria ad una legge la quale contempla *specificatamente un rapporto diverso da quello dedotto in lite, ma ad esso somigliante*: si ha infatti sentenza contra *simile legis* quando, a dir del TARTAGNI (54), la sentenza è « *lata contra expressum tenorem legis non loquentis specifice super casu quo lata est sententia, sed super simili* » (55). Non trovo negli scrittori del diritto comune esempî che servano a mostrare la differenza tra sentenza *contra rationem legis* e sentenza *contra simile legis*; ma tali esempî si possono, secondo i principî esposti da tali scrittori, facilmente configurare. Supponiamo che vi sia una legge la quale dispone in modo generico che « tutti i contratti bilaterali si rescindono per lesione enorme »: il giudice che basasse la sua sentenza sul principio che « la vendita non si rescinde per lesione enorme », deciderebbe *contra rationem* della legge suddetta, la quale intende contemplare anche il contratto di vendita nella sua espressione complessiva. Supponiamo invece che una legge disponga in modo specifico che « il contratto di vendita si rescinde per lesione enorme »; il giudice che ponga a base della sua sentenza la massima che « il contratto di permuta non si rescinde per lesione enorme », deciderebbe *contra simile legis*, in quanto per analogia si possa ritenere che gli stessi motivi di rescissione stabiliti per la vendita debbano valere anche per la permuta.

Ora, mentre la dottrina è discorde, come si è visto, sulla validità della sentenza *contra rationem legis*, essa è concorde nell'ammettere che la sentenza *contra simile legis*, è, di regola, pienamente valida (56). La teoria della sentenza data *contra simile* o *similitudinem legis*, ossia « *contra leges quae per similitudinem adducentur ad casus propositi*

---

(54) Ad. l. 32 cit. V. anche la regola attribuita a SOCINO, in cui, *decimotertio fallit*, è detto che non si ha nullità « *quando termini sententiae sunt differentes a terminis legis, quamvis sint propinqui* ».

(55) Cfr. anche le parole di CINO, riferite al n. 22 del testo, che possono valere anche per questo caso.

(56) Oltre i citati alle note precedenti v. anche BALDO, ad l. 2 C. VII. 64, n. 5; TARTAGNI, ad l. 32 D. XLII. 1, n. 6 e ad l. 122 § 6 D. XLV. 1. n. 37; GIASONE, a questa legge, n. 53; INNOCENZO IV, ad c. 61 X *de appell.* II, 28; PANORMITANO, al c. 1 cit. nn. 13-14; FELINO, *ibidem*, n. 15 *Limita nono*; regola attr. a SOCINO, *primo fallit*; SALICETO ad l. 2. C. VII, 64, n. 3.

definitionem », è svolta in modo lucido da PINELLO (57), il quale interpreta per mezzo di essa la tanto controversa l. 27 D. *de re iud.* XLII, 1. Egli dice che, quantunque il giudice abbia l'obbligo di giudicare per analogia, è rimesso al suo criterio il determinare volta per volta se in una legge che non è appropriata al caso singolo esista una ragione di analogia: onde « *qui pronunciat contra leges adductas per similitudinem, non pronunciat directo contra ipsas leges, sed contra similitudinem* » (58).

Si hanno peraltro dei casi eccezionali in cui una sentenza è nulla anche per violazione di legge « *per similitudinem adducta* ». Un caso è quello raffigurato da PINELLO, in cui il giudice respinge la legge addotta per analogia non già limitandosi a negare che sia opportuna l'analogia, ma addirittura negando che la legge, in sé e per sé, abbia vigore (59). Notevole è poi il caso in cui nella norma di legge violata, addotta per analogia e disponente per un caso specifico diverso da quello controverso, sia, in *termini generici*, espressa una *ratio* che vale anche per il caso controverso. P. e. se una norma dispone: « poiché non è giusto che abbiano valore i contratti in cui interviene una lesione enorme a danno di una parte, deve rescindersi la vendita in cui tale lesione esiste », questa legge, quantunque specificatamente disponente per la sola vendita, dovrebbe sotto pena di nullità essere applicata anche in caso di permuta, poiché la *ratio* espressa nella legge si riferisce a tutti i contratti. « *Si ratio esset scripta in genere, licet sub aliis terminis specificis, satis videtur contra legem iudicatum, si esset iudicatum contra rationem legis* ». Ciò, s'intende, a condizione che la *ratio* sia espressa e venga così a far parte della norma (60).

24. — *d*) Un punto notevolissimo della teoria dell'error *in iudicando* è quello che riguarda la violazione di una legge oscura, « *legis dubiae, quae habeat varios intellectus* ».

Ogni volta che nel diritto comune si ammette la nullità di una sentenza per violazione di legge, si suppone che la legge violata sia chiara ed aperta, in modo che non vi possa esser dubbio alcuno sul suo significato: la sentenza, così, è nulla solo in quanto è data « *contra*

---

(57) Scritto cit. n. 33 e segg.

(58) PINELLO, l. c. n. 33.

(59) PINELLO, l. c. n. 37 « *Si videlicet quis in similitudinem causae propositae afferat legem, quae aperte constituit impuberem testari non posse, vel quid simile, et iudex pronunciet, cum impubes possit testari, male adductam talem legem ad iuvandam causam propositam, tunc erit sententia ipso iure nulla: nam in hoc casu non tam iudicat contra similitudinem, quam contra originem similitudinis, quae est lex clara et aperta* ».

(60) PANORMITANO, l. c. n. 14; FELINO, l. c. n. 15.

ius certum et infallibile » (61), o, come poi diranno i giuristi del diritto comune tedesco, « *contra ius in thesi clarum* » (62). Se invece è possibile un dubbio sul vero senso della legge, è, per conseguenza, impossibile un'assoluta certezza sull'errore del giudice; il quale, poiché « *opiniones doctorum faciunt rem ambiguam* » (63) è scusabile se è stato tratto in inganno dall'oscurità della legge (64): onde vale il principio che « *quando lex habet plures intellectus propter dissentionem Glossatorum, valet sententia propter dubium iuris* » (65). La dottrina del diritto comune ammette in tal modo la nullità della sentenza per violazione della legge chiara, ma non ammette quella per falsa interpretazione di legge oscura (66).

Si riferisce a questo punto la questione, molto trattata dalla dottrina del diritto intermedio, se fosse nulla la sentenza data *contra communem opinionem Doctorum.* La questione dev'essere posta così: dinanzi ad una legge che ha nella dottrina due o più interpretazioni ugualmente divulgate, il giudice è padrone di scegliere quella che più gli aggrada e la sua sentenza è ugualmente valida; ma se il giudice, dinanzi ad una legge che è interpretata in un modo dalla grande maggioranza degli scrittori più autorevoli ed in un altro da una minoranza esigua per numero ed autorità, sceglie questa seconda interpretazione e conforme ad essa decide, potrà la sua sentenza dirsi ugualmente valida? La questione viene all'unanimità decisa affermativamente (67).

---

(61) Paolo di Castro ad l. 19 D. *de app.* XLIX, 1, n. 3.

(62) V. per es. Stryk, *Dissertationum juridicarum* Vol. III. *De selectis utriusque iuris materiis* (Francofurti, 1743) Disput. XXIII, cap. VI n. 14; l'espressione è usata comunemente dai giuristi tedeschi, cfr. Wetzell, op. cit., pag. 807.

(63) Bartolo ad l. 122 § 6 D. XLV 1, n. 9.

(64) « *Ignorantia iuris obscuri excusat* »: cfr. Giasone ad l. 32 cit., n. 15; Panormitano ad c. 1, cit., n. 9; Felino ad c. 1, n. 15.

(65) Baldo ad l. 2 C. VII, 64. Cfr. su questo punto, oltre i citati alle note precedenti, Bartolo, ad l. 32 cit.; Tartagni, *ibid.*, n. 2; Giasone, *ibid.*, n. 12; Saliceto ad l. 2 C. VII, 64 n. 5; Vanzi, op. loc. cit. n. 119; Altimaro, op. loc. cit. nn. 8-16.

(66) Sebastiano Medici, nel Trattato *De casu fortuito,* Parte 1ª, questione 2ª, n. 12 dice che « *error iuris perplexi errori facti comparatur* » (v. Donelli, *Commentariorum in selectos quosdam titulos Digestorum,* vol. II, *cum notis* Osvaldi Hilligeri, Lucca, 1767, alla l. 32 D. *de re iud.* XLII, 1, nota a pag. 298).

(67) Cfr. gli autori citati alle note precedenti, ai luoghi stessi. A meno che, s'intende, la *comunis opinio* non fosse anche la *unica* interpretazione data della legge, perché in questo caso la legge non sarebbe più oscura, e la sua violazione produrrebbe la nullità della sentenza (Scaccia, *De sent. ex re iud.* cit., Glossa 14, quest. 24; Altimaro, op. loc. cit., nn. 14-15); il Saliceto, poi (ad l. 2 C. VII, 64, n. 5) insegna che, ove di due interpretazioni di una legge « *alter intellectus est consuetudine approbatus, et tunc secundum intellectum lex dicitur certa et sic contra illum lata non valebit* ».

Si manifesta infatti in molti scrittori una certa reazione contro l'autorità della *communis opinio*, sia perché i pareri contenuti nei *Consilia* dei giuristi erano suggeriti, più che da amore di spassionata giustizia, dal desiderio di giovare al cliente che voleva sostenere in giudizio le proprie ragioni, sia perché molte volte le opinioni più infondate venivano accolte e tramandate senza ulteriore discussione per il solo fatto che le aveva enunciate un giureconsulto di gran fama (68). Della sfiducia che in generale si aveva contro le *consultationes* dei giuristi, sono chiara prova le parole che lo SCACCIA narra di aver detto a un tal litigante, contro al quale l'avversario allegava l'autorità di un antico giureconsulto: « *Ego cuidam, contra cuius causam allegabatur consilium antiqui et valentis Doctoris, dicebam: amice, si pars adversa, quae eo tempore litigabat, adivisset prius illum Doctorem cum pecunia, tu nunc in causa tua haberes consilium illius pro te* ». Così, poiché i giureconsulti « *plerumque sequuntur pecuniam, quae acuit ingenia etiam contra veritatem* », lo stesso SCACCIA insegnava che « *boni et eminentis scientiae iudices non debent facile aliorum responsis et sententiae adquiescere, sed debent omnia laboris et studii trutina ponderare* » (69); ed anche la dottrina anteriore a lui ammetteva che un giudice di acutissimo ingegno potesse con opportuni ragionamenti dimostrare falsa la *communis opinio* finora seguita dai Dottori, e validamente sentenziare in modo del tutto contrario (70).

25. — Se la sentenza, nella quale il giudice prendeva a premessa maggiore del sillogismo una massima perfettamente contraria alla *communis opinio*, era valida e semplicemente appellabile, tuttavia l'andar contro alla *communis opinio* esponeva il giudice ad una responsabilità verso le parti, che potevano esperimentare contro di lui l'azione di *syndicatus*: in questo caso infatti il giudice « *litem suam faciebat* » e doveva affrontare i rischi della sua indipendenza (71).

Notevole è però che anche nei riguardi del *syndicatus* diversi erano gli effetti della sentenza emessa contro una legge chiara da quelli di una emessa contro l'interpretazione che la *communis opinio* dava ad una legge di significato ambiguo. Per molti Statuti, specialmente dell'Italia settentrionale (72), il giudice che avesse dato una

---

(68) Cfr. SCHUPFER, op. cit., pag. 625.

(69) *De sent. et re iud.* cit., Glossa XIV, quest. 24, n. 16.

(70) TARTAGNI, alla citata l. 32 D., nn. 21-23.

(71) BARTOLO ad l. 32 cit.; VANZI, op. l. cit., n. 120; ALTIMARO, op. loc. cit., n. 16; SCACCIA, loc. cit. alla nota 69 di questo § 3, n. 5.

(72) Oltre lo Statuto di Brescia, di cui nel testo, v. i citati Stat. di Bergamo, Coll. II. c. 59; Stat. di Parma del 1494 (*Statuta magnificae civitatis Parmae*, Parmae, 1590) Lib. II. Rub. *de modo et ordine in civ. causis*; St. di Novara

sentenza ingiusta veniva sottoposto ad una pena diversa secondoché l'ingiustizia della sentenza derivava da dolo del giudice o semplicemente da sua ignoranza. Simile disposizione trovasi anche negli *Statuta civilia* di Brescia del 1475 (73) *Rub.* 16. *De ordine judiciorum civilium causarum* § *Si quis autem iusdicens* e seg., i quali stabiliscono che il giudice che pronuncia una sentenza ingiusta « *si scienter et dolose hoc fecerit, incurrat poenam pro uno denario quator quantitatis seu extimationis rei, de qua fuerat quaestio, applicanda pro medietate communi Brixiae et pro alia damnum passo, et ulterius privetur omni officio* etc... *Si vero per imperitiam vel ignorantiam, tunc teneatur reficere parti ex hoc laesae damnum cum expensis et interesse per ipsam partem passis, et solvere in duplum quantitatis seu extimationis rei de qua quaestio fuerit...* ». Ma in questi Statuti di Brescia, alle disposizioni surriferite si trova fatta una aggiunta che non appare in disposizioni consimili di altri Statuti da me confrontati, come, per esempio, quelli di Bergamo o di Parma: tale aggiunta, notevolissima per l'argomento che io tratto, dispone che la sentenza pronunciata contro la chiara disposizione della legge si parifica, agli effetti della pena del giudice, a quella viziata da dolo, mentre quella pronunciata contro la *communis opinio* si parifica a quella viziata da mera ignoranza: « ... *et intelligatur scienter et dolose hoc fecisse, si sententiaverit vel consuluerit* CONTRA APERTUM CASUM LEGIS CIVILIS VEL MUNICIPALIS *sibi allegatum vel ostensum... et intelligatur per imperitiam vel ignorantiam fecisse si sententiaverit vel consuluerit* CONTRA COMMUNEM OPINIONEM DOCTORUM... ».

Questa disposizione, senza dubbio introdotta negli statuti di Brescia da fonte dottrinaria (74), è molto interessante perché dimostra come anche nel *syndicatus* l'*error in iudicando* venisse considerato

---

riform. nel 1460 (*Statuta Civitatis Novariae*, Novariae, 1583) Lib. II. Rub. *De poena judicis qui male iudicavit*; St. di Pavia, (*Statuta civitatis et Principatus Papiae*, Ticini, 1590) *Statuta civilia*, pagg. 42-43. Simili disposizioni derivano evidentemente dal diritto longobardo: cfr. per esempio la disposizione data da Liut. 28 (SKEDL, op. cit., pag. 27), in cui la pena del giudice che ha mal giudicato è diversa secondo che questi abbia mal giudicato dolosamente o involontariamente, e la pena dev'essere pagata « *medietatem regi et medietatem cuius causam fuerit* ».

(73) *Statuta civitatis Brixiae cum reformationibus* (Brixiae, 1557). Anche negli Statuti di Valtellina, riformati nel 1548 (*Li Statuti di Valtellina*, in Poschiavo 1668) Statuti civili, cap. 113 è stabilito: « *Et quelli che scientemente giudicheranno overo faranno contra delli Statuti di Valtellina siano privati del loro Offico per li Signori delle tre Leghe... Et scientemente s'intenda avere giudicato, overo fatto il giudice contra li statuti, se tal statuti o statuto saranno stati al detto giudice allegati et dimostrati* etc. ».

(74) Cfr. sulle fonti degli Statuti, SCHUPFER, op. cit., pag. 413 e segg.

solo in quanto era un errore di diritto e come l'errore di diritto venisse suddiviso in due specie diverse, a ciascuna delle quali corrispondeva, per il giudice che era incorso nell'errore, una diversa pena (*).

B) *Errore contro la esperienza generale.*

26. — Ho detto che, in quella catena di sillogismi che il giudice deve compiere per giungere alla sentenza, le premesse maggiori sono talvolta costituite da norme di diritto, tal altra da massime di generale esperienza (*Rechtssätze*: *Erfahrungssätze*): la scienza moderna tende, agli effetti della impugnabilità, a parificare alle sentenze contenenti un errore di diritto quelle contenenti la violazione di una massima di esperienza (75). Ora, dopo aver considerato nella dottrina del diritto comune i diversi casi in cui una sentenza si basa su una premessa maggiore viziata da errore di diritto, bisogna cercare se la dottrina stessa abbia avuto la nozione di una sentenza basata su una premessa

---

(*) [25 bis] Per il diritto romano era nulla la sentenza contraria ad altra sentenza passata in giudicato (Cfr. Fonti in BARDELEBEN, op. cit., pag. 42; LINDE, op. cit., II, § 237; WETZELL, § 51, nota 1 e 2), poiché con la prima sentenza il rapporto aveva cessato di essere controverso ed il giudice aveva su esso esaurita la sua funzione. Il principio romano che è nulla la sentenza data *contra rem prius iudicatam*, fu conservato dal diritto comune (solo però quando nel secondo giudizio si fosse *exceptum et probatum de re iudicata*: cfr. SCACCIA, *Tr. de appell.* Lib. III, cap. 2 quest. nn. 11, 194 e segg.); ma furono poste nuove ragioni per giustificarlo.

Alcuni vollero farlo rientrare nella regola che è nulla la sentenza data *contra ius*: « *quia sententia, quae in iudicatum transivit, in eadem causa et inter easdem personas facit ius, ideo si talis exceptio rei iudicatae opposita fuerit et probata, et ea non obstante ius adversus illam contrariam proferat, perinde ac si foret contra ius expresse lata non valebit* » (VANZI, op. l. cit., n. 125; ALTIMARO, op. loc. cit., nn. 52-67, che copia il VANZI alla lettera, comprese le citazioni); simile spiegazione però non è approvata dalla Glossa (*Latam*] ad l. 1 C. VII, 64) la quale osserva che la sentenza *contra rem iudicatam* non può considerarsi *contra ius* « *quia in secunda non est expressus error* »; e BARTOLO (ad l. 1 C. VII, 64, n. 2) osserva che la sentenza è nulla per violazione di legge solo se questa è « *in corpore iuris clausa* », come non è la prima sentenza.

Per tali obiezioni altri fanno rientrare questo caso di nullità in quello di errore *contra notorium*, (avanti, testo n. 36) poiché « *sententia facit notorium, et sententia lata contra notorium est nulla* » (PANORMITANO ad c. 20 X *de sent. et re jud.* II, 27, n. 20; FELINO, ivi, n. 16 e segg.; FRANCHI, *De appellationibus*, Francof., 1576, Cap. *Dilecto*, quest. 41, n. 94: FERRARIIS, *Practica* cit., Rub. *Forma appellationis a sent. diff.*, n. 42); ciò peraltro solo ove la prima sentenza fosse stata prodotta dinanzi al secondo giudice, perché « *ubi prima non fuisset ostensa, tunc valet secunda, quia iudici non constabat de notorio* » (PANORMITANO, l. c.).

(75) Cfr. per il diritto tedesco, STEIN, *Das private Wissen des Richters* (Leipzig, 1893), § 7, e per il diritto italiano, CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1028.

maggiore che violi una massima di esperienza generale; e, nell'affermativa, quale validità le abbia attribuito. Senza dubbio il diritto comune non concepì le massime di esperienza a quel modo che le ha concepite ed analizzate la scienza tedesca contemporanea (76), ma un caso di sentenza data contro la esperienza generale si può vedere considerato dai Canonisti quando pongono l'ipotesi di una decisione basata su *causa impossibilis*.

Il diritto romano considera il caso di una sentenza che condanni ad una prestazione materialmente impossibile (77); ma da questa ipotesi, sulla quale tornerò in seguito (avanti, n. 41), di una sentenza corretta nelle premesse, ma viziata da impossibilità nella conclusione (*impossibile praeceptum*), bisogna distinguere la ipotesi, contemplata per la prima volta dal diritto canonico, di una sentenza che, dal presupporre come vero un fatto in realtà impossibile (*causa impossibilis*), derivi una conseguenza giuridica che, ove quel fatto fosse vero, sarebbe interamente corretta. Nel commentare le Decretali che riguardano la sentenza di scomunica viziata da *error intolerabilis*, i Canonisti avvertono appunto che il caso tipico di simile errore è quello del giudice che nella sua sentenza ritiene come vero un fatto che le leggi di natura dimostrano impossibile. E portano esempî molto caratteristici di sentenza così concepite: « *Excommunico istum eunuchum, quia praegnantem reddidit monialem* »; « *Excommunicatur infans, quia stupravit virginem* »; etc. (78).

Parrebbe a prima vista che simili sentenze, in cui il giudice suppone come vero un fatto impossibile, dovessero farsi rientrare nelle categorie delle sentenze viziate da errore relativo alla premessa minore, in quanto il giudice si inganna su una circostanza di fatto singola e limitata al concreto rapporto dedotto in controversia. Ma, in realtà, mentre il giudice che nella premessa minore afferma come vero un fatto che non è vero, *ma che è possibile*, commette un errore limitato al solo fatto sottoposto al suo giudizio (*causa falsa*: avanti, n. 33 e segg.), il giudice che presuppone come vero un fatto che *non può essere mai vero*, commette un errore più generale, che investe la legge di esperienza secondo cui un certo fatto non può mai in astratto prodursi. Fatto *non vero* è qualcosa di meno di fatto *impossibile*: fatto impossibile è quello che non potrebbe prodursi senza violare una

---

(76) Specialmente STEIN, op. cit. V. letteratura sull'argomento nel mio scritto *La genesi* cit., nota 106.

(77) l. 3 D. *quae sent. sine app.* XLIX, 8. Cfr. avanti, n. 41.

(78) V. p. es. PANORMITANO ad c. 9 X *de sent. et re iud.* II. 27, n. 9; e al c. 40 X, *de sent. excomm.* V. 39, n. 11; FELINO al c. 40 stesso, n. 3, ove afferma che il primo a portar questo esempio fu l'*Archidiaconus* (GUIDO DA BAISO).

massima generale acquisita dall'umana conoscenza, la quale, dall'avere esperimentato che nella natura delle cose un certo fatto non si è mai prodotto nel passato, ritiene come indubitabile che questo non si produrrà nell'avvenire. Fatto impossibile è, come insegna lo STEIN (79), quello la cui esistenza è inconciliabile con una massima di esperienza generale; ora il giudice che ritiene vero un fatto simile, viola una massima di esperienza che eccede i limiti della controversia concreta, ossia, il che è lo stesso, pone a premessa maggiore del sillogismo una massima astratta, contraria ad una massima di esperienza riconosciuta per vera dalla generalità della consociazione umana. Il giudice che scomunica un eunuco perché ha resa madre una monaca, non solo commette un errore limitato al caso singolo, ma commette un errore contro quella legge fisiologica di carattere generale, per la quale un eunuco non ha avuto mai e non potrà mai avere capacità fisica di generare: e la sentenza che scomunica l'eunuco per la ragione suddetta dimostra che il giudice ha basato il suo ragionamento sul presupposto che anche un eunuco abbia capacità di generare, ossia sovra un principio perfettamente contrario a quello che la generale esperienza ritiene corretto.

Spiegata così la ragione per la quale tratto qui anziché in altro luogo il caso della sentenza basata su una *causa impossibilis*, aggiungo che tutta la dottrina era concorde nell'insegnare che simile sentenza doveva considerarsi nulla (80).

II) ERRORE RELATIVO ALLA PREMESSA MINORE

27. — Mentre gli errori di giudizio relativi alla premessa maggiore sono errori di carattere generale ed astratto, perché violano un principio di diritto o di esperienza il quale non deve valere per il singolo caso concreto, ma per tutti i casi di una certa specie che in qualsiasi tempo si presentino, gli errori relativi alla premessa minore sono limitati al singolo caso concreto, perché si riferiscono appunto all'esistenza o al modo di essere di un dato rapporto specifico. Lo stesso schema logico di qualunque sillogismo mostra che la premessa maggiore è sempre costituita da un giudizio ipotetico e comprensivo, che afferma o nega un certo predicato per tutti i casi in cui si verifichi

---

(79) STEIN, *op. cit.*, pagg. 38 e 150.

(80) IL DURANDI (l. c. n. 22) insegna che è nulla la sentenza « *si contineat impossibilitatem* », comprendendo così la sentenza basata su *causa impossibilis* come quella contenente un *impossibile praeceptum*. Cfr. autori citati alla nota 78 di questo § e quelli nelle note ai nn. 36 e 41.

una certa circostanza di fatto; mentre la premessa minore è sempre costituita da un giudizio singolo e positivo, che afferma o nega il verificarsi in concreto di quella tale circostanza di fatto, che la premessa maggiore suppone ipoteticamente, ma non afferma positivamente. Data così la differenza tra *propositio maior* e *propositio minor*, s'intende qual'è la differenza tra l'errore relativo alla prima e l'errore relativo alla seconda. Il dire però che l'errore relativo alla premessa minore è sempre un errore limitato al singolo rapporto controverso, non significa già che questo errore possa essere soltanto un errore di fatto: in verità la premessa minore, se è un giudizio limitato al singolo rapporto controverso, non si limita ad affermare o a negare la materiale esistenza di fatti semplici, ma talora afferma o nega la esistenza di fatti giuridicamente qualificati, vale a dire afferma o nega la esistenza di singoli fatti concreti che rivestono certi caratteri giuridici. Da ciò appare che l'errore relativo alla premessa minore può essere: errore di diritto, quando il giudice si inganna sulla esistenza di certi caratteri giuridici nel concreto rapporto di fatto; errore di fatto, quando il giudice si inganna sulla esistenza o sul modo di essere dei singoli fatti semplici del rapporto controverso.

A) *Errore di diritto.*

28. — Se, dal lato teorico, è molto facile distinguere l'errore di diritto relativo alla premessa maggiore dall'errore di diritto relativo alla premessa minore, in pratica riesce molto difficile distinguere la prima ipotesi dalla seconda.

Dal punto di vista teorico l'errore di diritto relativo alla premessa maggiore è quello che si riferisce alla norma di legge, in sé e per sé astrattamente considerata; il giudice, indipendentemente dal rapporto controverso che vien sottoposto alla sua decisione, s'inganna sulla esistenza, sul vigore, sul contenuto di una norma di legge: crede che una legge vigente non sia più in vigore, interpreta male il testo e lo spirito della norma, deriva per analogia, da una norma esistente, un'altra norma che contraddice ai principî informatori del diritto positivo; ma si mantiene, comunque, nel campo delle disposizioni astratte e generali, senza scendere alla loro applicazione alla fattispecie concreta. L'errore di diritto relativo alla premessa minore, si verifica, invece, quando il giudice, dal campo delle norme astratte, passa alla applicazione di una di queste norme al fatto da lui accertato: il giudice può benissimo essersi reso conto della esistenza di una norma e averne colto in modo irreprensibile l'esatto significato; ma, quando passa a confrontare l'ipotetica fattispecie presupposta dalla norma colla fattispecie concreta sottoposta alla sua decisione, erra nel ritenere che

questa presenti o non presenti quegli estremi giuridici che la norma esige. Si ha così, accanto alla *violazione* ed alla *erronea interpretazione di legge*, derivanti da un errore sull'esistenza o sul contenuto della norma, la *erronea applicazione di legge* ovvero *erronea sussunzione*, derivante da un errore sul rapporto che passa tra la legge e la fattispecie concreta.

Ma se le surriferite distinzioni possono farsi teoricamente, in pratica è molto difficile distinguere se il giudice, commettendo nel suo giudizio un errore di diritto, si sia ingannato sul significato generale della norma o sul concreto verificarsi nella fattispecie dei suoi presupposti giuridici. Fu già osservato che l'operazione mentale che il giudice compie nell'interpretare la legge non differisce in sostanza da quella ch'ei compie nell'applicarla al caso speciale, perché la interpretazione consiste nel cercare quali sono i casi concreti che la legge contempla, e la applicazione nel cercare se il caso da decidere è contemplato dalla legge, il che non può sapersi se non cercando appunto quali sono i casi concreti che la legge contempla (81): questa osservazione, che può in teoria essere efficacemente confutata, ha però una gran fondatezza dal punto di vista pratico, dal quale molte volte non si potrà distinguere se il giudice abbia errato nello stabilire quali sono in generale i casi che una norma contempla (errore di interpretazione), o abbia errato nel ritenere che si verificasse in concreto uno dei casi contemplati dalla norma (errore di sussunzione).

29. — Ciò premesso, s'intende facilmente come alcuni degli errori di diritto che più sopra ho considerato come relativi alla premessa maggiore, si potrebbero considerare, leggermente spostando il punto di vista, come relativi alla premessa minore; l'errore *contra simile legis*, ad esempio, può indifferentemente concepirsi come derivante dal fatto che il giudice si inganna nel trarre o nel non trarre da una norma di legge un'altra norma per analogia, o come derivante invece dal fatto che il giudice si inganna nell'applicare o nel non applicare una legge che contempla una certa serie di casi a un'altra serie di casi analoghi, da essa non contemplati.

Ma il caso speciale di erronea applicazione di legge ovvero erronea sussunzione viene considerato di proposito specialmente dai commentatori delle Fonti giustinianee alla l. 32 D. *de re iud.* XLII, 1, già ricordata. Questa legge, la quale stabilisce il principio che è valida la sentenza *contra constitutiones* nel caso che il giudice incorra in

---

(81) HOLDER, *Commentar zur allgem. Theil des B.G.B.*, pag. 63 citato da DANZ, *Die Auslegung der Rechsgeschäfte* 3. Aufl. (Iena, 1911), pag. 204, nota I.

questa violazione « *eo quod non existimat causam, de qua iudicat, per eas iuvari* », ha di mira evidentemente il caso tipico di errore di sussunzione (82), in cui il giudice non applica una legge alla fattispecie che essa contempla; ma i Glossatori ed i commentatori successivi dettero di questa legge le più svariate spiegazioni, alcune delle quali travisano interamente il significato genuino del testo (83). Pur tuttavia, tra le diverse interpretazioni, la dottrina intermedia annoverò, anche quella che è la più semplice e la vera: la Glossa (84), infatti, registra anche la interpretazione secondo la quale « *lex fuit allegata et a iudice non audita, quia non credidit facere ad rem* »; e AZONE (85) insegna che nell'ipotesi della l. 32 la sentenza non è nulla « *quod iudex non credebat leges illas facere ad causam* ».

Così, tra i diversi pareri che la dottrina venne accumulando intorno alla l. 32 citata, si fece strada anche il principio che l'errore di diritto, nel quale il giudice incorre nel decidere se un certo rapporto concreto rientra nell'ipotesi di una norma di legge, può essere corretto soltanto per via di appello; ossia il principio che l'erronea applicazione di legge non rende nulla la sentenza (86).

30. — Un caso specialmente considerato di erronea applicazione di legge è quello dell'errore di diritto che si rileva « *sumpto argumento a contrario sensu* » (87). Può darsi che una norma disponga una certa conseguenza giuridica per un numero limitato di casi, e che il giudice applichi quella norma a un caso diverso da quelli che essa espressa-

---

(82) Cfr. VASSALLI, scritto cit. pag. 12.

(83) Le interpretazioni date di questa legge dal diritto comune (per le quali possono essere confrontati BARTOLO, BALDO, GIASONE, PAOLO DI CASTRO e tutti gli altri commentatori alla legge stessa) furono svariatissime: si riteneva che nel caso contemplato da questa legge si trattasse di costituzioni di significato ambiguo; oppure di costituzioni recenti non ancora redatte nel corpo del diritto, in modo che il giudice non ne aveva cognizione; oppure ancora che in questo caso la sentenza non era nulla perché l'errore non era espresso; finalmente vi era chi invece di *constitutionibus* leggeva *cognitionibus*, e faceva rientrare il caso in quello della sentenza data *contra rem iudicatam*. V. riassunte le diverse opinioni da PINNELLO l. c. nn. 28-34.

(84) Ad l. 32 cit. n. 2.

(85) *Summa*, Lib. VII. § *Quando provocare non est necesse*, n. 2.

(86) Il SALICETO, ad l. 2 C. VII. 64, insegna che la sentenza « *lata contra ius facti valet* »; questo *ius facti* non può essere altro che il complesso dei caratteri giuridici che presenta il fatto, sicché l'errore *contra ius facti* è appunto un errore di sussunzione (*error contra ius in hypothesi* degli scrittori del diritto comune tedesco).

(87) Cfr. sulla argomentazione *a contrario sensu*, EVERARDO, *Loci argumentorum legales* (Venetiis, 1607) il cap. che si intitola: *Locus a contrario sensu*.

mente contempla. In questa ipotesi l'errore di diritto commesso dal giudice non è diretto contro la legge, perché il giudice, applicando la norma a un caso da essa non contemplato, non viene a negare che essa conservi tutta la sua efficacia per i casi che espressamente contempla; ma è un errore contro la implicita *ratio* della norma stessa, la quale, affermando che una certa conseguenza giuridica deriva da certi casi singolarmente enumerati, viene a negare che la stessa conseguenza giuridica possa derivare da casi diversi.

Mentre nell'ipotesi della legge 32 D. XLII. 2 (dietro, n. 29) l'errore del giudice consiste nel ritenere che una certa fattispecie non rientri tra quelle contemplate da una norma di legge, che invece sarebbe applicabile anche alla fattispecie in esame, l'errore di cui qui discorriamo consiste inversamente nel ritenere che una norma sia applicabile a una fattispecie concreta, ch'essa non contempla. È ovvio notare che questa speciale ipotesi di errore di diritto ha grande affinità da una parte coll'errore *contra rationem legis*, dall'altra coll'errore *contra simile legis*: e appunto perché questa specie di errore di diritto facilmente si confonde con diverse altre specie di errori, la dottrina è incerta se la sentenza viziata da simile errore sia nulla o soltanto appellabile (88).

B) *Errore di fatto.*

31. — Afferma Baldo, in un passo già da me citato, che « *sententia lata contra legis tenorem ipso iure non tenet; secus si per facti errorem* » (89). Secondo questa affermazione parrebbe dunque che l'errore di fatto non sia mai un motivo di nullità della sentenza, e che la sentenza viziata da errore di fatto sia sempre valida e soltanto appellabile: difatti anche in altri scrittori, specialmente nei più antichi Legisti, troviamo affermato il concetto che l'unico errore di giudizio che può produrre nullità della sentenza è l'errore di diritto, mai l'errore di fatto (90).

---

(88) Tartagni, *Consil.* Lib. V, cons. 25, n. 12; Altimaro, op. loc. cit., nn. 25-28.

(89) Ad. l. 2 C. VII. 64; anche Saliceto, alla stessa legge.

(90) Secondo il diritto romano l'unico errore di giudizio che poteva produrre nullità della sentenza era quello *contra ius constitutionis*: l'errore di fatto, che non poteva mai esser tale, non produceva mai nullità della sentenza (cfr. avanti, n. 60 e Vassalli, scritto cit. pag. 12). Tuttavia gli scrittori del diritto comune hanno creduto di trovare nelle Fonti romane dei casi di nullità per errore di fatto, oltre quello (su cui v. testo, n. 34) dell'*error calculi*: per es. le l. 14 § 2 D. *de lib. et posth.*, XXVIII. 2 e l. 15 *h. t.*; l. 10 D. *de tut.* XXVI. 5; l. 26 *h. t.*; l. 4 § 5 D. *si quis caut.* II. 11; l. 37 D. *de fid.* XLVI. 1. Cfr. Glossa *Intolerabilem errorem*] ad c. 40 X *de sent. excomm.* V. 39; e Gonzales Tellez, op. cit., ad

32. — Ma di fronte a questo principio che più si avvicinava alle Fonti romane, il diritto canonico affermò un principio del tutto diverso, il quale, come meglio vedremo nella conclusione di questo studio, doveva modificare profondamente la teoria dell'*error in iudicando*.

Ho già citato quelle Decretali nelle quali è affermata la nullità di una sentenza che contenga *iniquitatem manifestam* e in specie la nullità di una sentenza di scomunica che contenga *intolerabilem errorem*; come appare dalla semplice lettura di queste leggi canoniche, non si distingue più in esse l'*error iuris* dall'*error facti*, attribuendosi soltanto al primo l'effetto di rendere nulla la sentenza; ma si ammette che qualunque errore possa render nulla la sentenza purché sia *intolerabilis*, che qualunque ingiustizia tolga validità al giudicato purché sia *manifesta*.

Accanto a queste disposizioni le quali ammettono solo implicitamente che anche l'errore di fatto possa in certi casi di eccezionale gravità produrre la nullità del giudicato, vi è tutta una teorica del diritto canonico, che, per le sentenze date in tema di matrimonio, esplicitamente riconosce che anche l'errore di fatto può essere causa di nullità di una sentenza (91). Si trovano nelle raccolte di Decretali una quantità di decisioni in materia matrimoniale, colle quali si revoca per errore di fatto la sentenza che aveva pronunciato l'annullamento di un matrimonio: così il c. 6 X *de frigid. et malef.* IV. 15 decide un caso in cui, essendo stato annullato da una sentenza di un tribunale ecclesiastico un matrimonio per assoluta incapacità della moglie alla copula, si scopre poi che dopo il divorzio la donna si è potuta congiungere carnalmente con altro uomo; in questo caso, essendo venuta meno la causa che aveva indotto il tribunale a pronunciare il divorzio, la sentenza si rescinde e il matrimonio torna in vigore perché « *sententiam divortii per errore licet probabilem novimus esse prolatam* ». Da questa decisione e da altre simili che si trovano nel diritto canonico, la dottrina deriva il principio che « *sententia matrimonii non transit in rem iudicatam* » (92) e che, per conseguenza, « *revocatur si*

---

c. 1 X *de re iud.* II. 17, n. 17, che dalla legge 10 D. XXVI, sopra citata, deduce la regola che anche per il diritto romano era nulla la sentenza pronunciata « *cum errore aperto et notorio in facto* ».

(91) Cfr. Bardeleben, op. cit., pag. 75 e segg.

(92) Cfr. su questo principio Glossa *Restituimus*] al c. 4 X *de in int. rest.* I. 41; Glossa *Permanere*] al c. 7. X *de sent. et re iud.* II. 27; Glossa *per errorem*] al c. 6 X *de frig. et malef.* IV. 15; Ostiense *Summa* lib. II. Rub. *De sententia* n. 8 § *Quo refedio*; Innocenzo IV ad c. 7 X *de sent. et re iud.* II. 27 e ad c. 6. X *de frig. et malef.* IV. 15; Panormitano agli stessi c. c. ed al c. 10 X *de sent. et re iud.* II. 27; Felino, al c. 7 ed al c. 11 X *eod. tit.* nn. 3 e 15; Luca de Penna,

error probabilis postea detegatur », « *quandocumque apparuerit Ecclesyam deceptam fuisse* » (93): così non si distingue più l'errore di diritto da quello di fatto, e quantunque l'OSTIENSE (94) sembri fare una differenza quando dice che « *in matrimonio... sive sententia* NULLA FUIT IPSO IURE *sive* ANNULLANDA PROPTER ERROREM FACTI... *iterum retractari potest* », in realtà, poiché, come ho mostrato, nell'età intermedia si era perduto il concetto romano di inesistenza del giudicato, sostituendosi ad esso in ogni ipotesi il concetto di annullabilità (dietro, n. 1), la sentenza in materia matrimoniale veniva ad essere così per error di diritto come per errore di fatto ugualmente *annullabile.*

Il principio nell'annullabilità della sentenza matrimoniale per errore di fatto (limitato però, si noti, ai soli casi in cui la sentenza fosse pronunciata *contra matrimonium*, ché quella *in favorem matrimonii* passava regolarmente in giudicato) (95) si estese poi a tutte le sentenze pronunciate in materia spirituale, « *ubicumque vertitur periculum animae* » (96), e si ammise che potesse essere annullata per errore di fatto ogni sentenza « *quando ex illius observantia nutritur peccatum* » (97), « *in qua transitus in rem judicatam induceret peccatum* » (98): ciò specialmente « *in causa haeresis* », come nel caso in cui un sacerdote fosse stato degradato per delitto d'eresia e si scoprisse poi che la sentenza di degradazione si basa su un errore (99). « *Illa sententia* — scrive il DE PENNA (100) — *preferri debeat per quam corrigi valeat quod erratum est, non illa per quam in errorem amplius involvamur. Ed ideo iudex non solum in iure sed etiam in facto, cum est notorium, supplere debet* » (101).

Commentaria in tres posteriores lib. Cod. Iustiniani (Lugduni, 1582) ad l. 1 C. X 9 (pag. 40) n. 3; e ad l. 1 C. XII. 29 (pag. 795) n. 13. V. BARDELEBEN, op. cit., pag. 75.

(93) Glossa *per errorem*] citata.

(94) L. c. § *Decimo in matrimonio.*

(95) Glossa *Permanere*] citata e specialmente PANORMITANO al c. 7, *de sent. et re iud.* citato, n. 9, e FELINO allo stesso c., n. 3.

(96) OSTIENSE l. c. *Undecimo.*

(97) PANORMITANO l. c.

(98) FELINO l. c. n. 15.

(99) DE PENNA alla l. 1 C. XII. 29, n. 13 citato.

(100) L. c.

(101) Siamo dunque nei casi suesposti di fronte a un caso di vera e propria annullabilità della sentenza, la quale non ha idoneità a passare in giudicato, non di fronte a una *restitutio in integrum* contro una sentenza già passata in giudicato. Si noti però che in questa materia la querela di nullità si mescola con alcuni elementi della *restitutio in integrum*; infatti, insieme coll'errore che vizia la sentenza, i Canonisti accennano anche all'inganno operato dalle parti a danno della Chiesa, la quale è stata indotta in errore per dolo delle parti stesse. (Cfr. specialmente c. 7. X *de re iud.* II. 27).

33. — Questo principio nuovo che il diritto canonico affermava nel campo speciale delle sentenze in materia spirituale, non poteva restare senza influsso sulla teoria generale della sentenza; tale influsso si fa infatti sentire là dove la dottrina tratta della sentenza civile data *ex falsa causa.*

Gli scrittori del diritto comune comprendono sotto la denominazione di *sententia ex falsa causa data* diversi casi, alcuni dei quali non rientrano nelle mie indagini, perché non si riferiscono a sentenza viziata da semplice errore di giudizio: così la sentenza basata su documenti falsi o su false testimonianze (102), o quella che si fonda su « *probationes reprobatas a iure* » (per es. la sentenza così motivata: « *quoniam probatum est per duellum vel experientiam ferri candentis* ») (103), le quali rientrano piuttosto nel novero delle sentenze rescindibili per *restitutio in integrum*, che in quello delle sentenze annullabili (104). Considerando invece le sole sentenze nelle quali la *falsa causa* consiste in un errore di giudizio, bisogna ancora eliminare le sentenze pronunciate *ex falsa causa quae sit contra ius scriptum* (105), perché di queste si è già parlato quando si è trattato degli effetti dell'errore di diritto sul giudicato: restano così da considerare le sole sentenze pronunciate *ex falsa causa consistente in facto*, vale a dire le sentenze che si fondano su un errore di fatto del giudice, il quale ha creduto vera una singola concreta circostanza del rapporto controverso che non si è in realtà verificata, o ha creduto non vera una circostanza realmente avvenuta.

Quando ora ci domandiamo qual'è l'efficacia che la dottrina del diritto comune attribuisce alla sentenza basata su una *falsa causa consistente in facto*, cioè alla sentenza viziata da errore di fatto, un profondo dissidio troviamo tra le opinioni dei Legisti e quelle dei Canonisti. I commentatori delle leggi romane pongono come regola

---

(102) Cfr. c. 9 X *de probat.* II. 19; c. 9. X *de test.* II. 20; c. 22 X *de sent.* II. 27; c. 2 X *de crim. falsi* V. 20; c. 6 X *de ex.* II. 25. Per tale sentenza la dottrina è incerta tra il ritenerla nulla o *retractanda* per via di *restitutio*: v. dottrina riassunta in VANZI, op. cit., n. 132 e segg.; BARDELEBEN, op. cit., § 24, pag. 74. Cfr. SKEDL, op. cit., pag. 171, nota 16. Su questo argomento è importantissima la *repetitio* di GIASONE DEL MAINO alla l. 31 (*Admonendi*) D. *de iureiurando* XII. 31 (*In secundam Dig. Vet. Partem*, ed. citata, pag. 83).

(103) V. su questo punto BALDO l. 12. C. *de test.* IV. 20 n. 4; PAOLO DI CASTRO ad l. 1 § 2 D. XLIX. 8; GIOVANNI D'ANDREA ad c. 11 X *de prob.* II. 19, n. 51; FELINO in c. 9, X *de sent. et re iud.* II. 27, n. 4; MARANTA, *Speculum aureum*, Parte VI. *Decisoria iudicii.* Rub. *Et demum fertur sententia*, n. 139.

(104) Cfr. autori citati nella nota 102 di questo §.

(105) BARTOLO ad l. 22 D. *de adcq. vel. omitt. hered.* XXIX. 2 n. 3; TARTAGNI ad l. 122 § 6. D. *de verb. obl.* XLV. 1, n. 40; PAOLO DI CASTRO, ivi, n. 9.

generale (già, al n. 31, si son citate le parole di BALDO che negano la nullità di una sentenza viziata da *error facti*) il principio che « *sententia lata ex falsa causa non est nulla sed iniqua* » (106) e solo ammettono che sia nulla quando « *falsitas respicit substantialem ordinem iudiciorum* », quando, per esempio, il giudice nella sentenza « *dixit litem esse contestatam cum non esset* » (107): ipotesi che evidentemente niente ha di comune colla nullità derivante da errore di giudizio, poiché qui il vizio della sentenza non consiste nella falsità dell'asserzione del giudice affermante una circostanza processuale di fatto non vera, ma nella omissione di quell'atto processuale che il giudice ha erroneamente ritenuto compiuto; onde la nullità deriva qui da *error in procedendo*, come nota GIOVANNI DA IMOLA, per il quale « *isto casu sententia redditur nulla non ratione falsae allegationis vel causae, sed ratione defectus ordinis substantialis iudicii* » (108).

Di fronte ai Legisti che non ammettono in generale la nullità della sentenza per errore di fatto, tra i Canonisti si manifesta invece la tendenza a seguire l'opposto principio che anche la sentenza viziata da errore di fatto è nulla, purché l'errore sia espresso. In verità la Glossa (109) insegna che anche secondo il diritto canonico « *si error est in facto... tenet sententia* » e quando vuol portare esempî di sentenza nulla per *manifesta iniquitas*, cita solo il caso di errore di diritto, « *puta quia lata est contra ius scriptum* » (110); ma il PANORMITANO giustamente osserva che le Decretali in cui si parla di nullità per *error intolerabilis* o per *manifesta iniquitas* non richiedono che tale errore o tale iniquità debba consistere *in iure*; talché « *cum nil dicat quod iniquitas sit contra ius scriptum, intelligitur indistincte* » (111).

34. — Alla tendenza accennata, che appare in modo così chiaro e preciso nelle parole del PANORMITANO, si riannodano per altra via anche i commentatori delle leggi romane, illustrando la l. 1 § 1 D. *quae sent. sine app.* XLIX, 8, secondo la quale, ove si abbia una sentenza viziata da un errore di calcolo, « *quoniam error computationis est, nec appellare necesse est et citra appellationem corrigitur* ». Ritornerò tra breve (avanti, n. 39) su questa legge romana, la quale non

---

(106) V. autori citati alla nota precedente. Cfr. anche WETZELL, op. cit., § 52, nota 5; RÖDER, *Beiträge zu der Lehre von den Nichtigkeiten im C. Pr. nach gem. deutschen Recht.* (Bernb., 1831) pag. 62, n. 11.

(107) BARTOLO, l. c.; TARTAGNI, l. c. n. 48.

(108) Citato da TARTAGNI, l. c.

(109) *Intolerabilem errorem*] al c. 40. X. *de sent. excomm.* V. 39.

(110) Glossa *Manifestam*] ad c. 9 X *de sent. et re iud.* II. 27.

(111) Ad c. 9 X *de sent. et re iud.* II. 27 n. 6 in fine.

contempla propriamente un errore relativo alla premessa minore, ma piuttosto un errore relativo alla conclusione del sillogismo: ma fin d'ora noto: 1°) che, mentre la legge romana parlava in questo caso della semplice *correggibilità* della sentenza, i commentatori trassero da essa la regola che la sentenza che contenga « *expressum errorem calculi* » sia non correggibile, ma nulla; 2°) che mentre l'errore di calcolo è un errore logico che non si riferisce ai presupposti di fatto della sentenza, i commentatori lo considerarono come un errore di fatto (DECIO (112) apertamente parla « ... *de errore calculi* QUOD EST ERROR FACTI ») e furono tratti insensibilmente a dedurre dalla legge citata il principio che sia nulla la sentenza contenente un « *errorem expressum* », di qualunque genere esso sia (113). Una chiara prova di questo travisamento, che, forse sotto l'inavvertito influsso del diritto canonico, i commentatori delle Fonti romane fecero della legge citata, deducendo dal principio romano, secondo il quale la sentenza contenente un espresso error di calcolo può esser corretta, il nuovo principio che qualunque sentenza contenente un errore espresso è nulla, — può vedersi nella locuzione generica che TANCREDI e il DURANDI usano quando enumerano i casi in cui la sentenza può essere nulla: « *Item si continet in se expressum errorem* » dice il primo (114); ed il secondo: « *Puta si contineat expressum errorem* » (115). Ed il DE FERRARIIS nella sua *Practica* (116) pone addirittura la regola che la sentenza « *est nulla si lata sit ex falsa causa expressa in sententia* ».

Naturalmente, se gli stessi Legisti, dopo aver affermato, serbandosi fedeli al diritto romano, che mai una sentenza può essere nulla per *error facti*, ossia, il che è lo stesso, per *causa falsa consistente in facto*, venivano poi a smentire se stessi, ammettendo, per una erronea interpretazione estensiva della legge 1 § 1 D. XLIX. 8, che qualunque errore espresso rende nulla la sentenza, — gli scrittori di diritto canonico volentieri profittarono di questo argomento che veniva offerto loro dal campo del diritto romano e corroborarono, colla interpretazione della legge suddetta data loro dai Legisti, il principio che informava le Decretali: su questa legge, infatti, basa il PANORMITANO

---

(112) Ad l. un. C. *de err. calc.* II. 5, n. 9.

(113) Si confronti la Glossa ed i Commentari alla l. 1 § 1 D. XLIX. 8 ed alla l. un. C. *de err. calculi* II. 5 (specialmente BARTOLO e BALDO); VANZI, op. loc. cit., n. 129; ALTIMARO, op. loc. cit., n. 36. Cfr. su questo punto WETZELL, § 54, note 3 e 5.

(114) *Ordo* cit. lib. IV. Rub. *quae sent. ipso iure nulla sit.*

(115) *Speculum*, Lib. II partic. 3ª *Sententia in iudicio prolata qualiter impugnetur* n. 22.

(116) Rub. *Forma sententiae diffinitivae* n. 47.

la sua argomentazione per dimostrare che la *manifesta iniquitas* può anche non consistere in un errore di diritto (117); e già prima di lui la Glossa *Intolerabilem errorem*] al c. 40 X *de sent. excomm.* V. 39, discutendo se una sentenza di scomunica sia nulla per errore di fatto, sceglieva sì, come si è visto, la opinione negativa, ma lo faceva con parole molto remissive (« *credo quod tutius sit dicere quod teneat* ») riconoscendo che la legge 1 § 1 D. LXIX. 8 offriva un forte argomento all'opinione contraria, e che per essa si sarebbe dovuto concludere che anche l'errore di fatto « *facit eam* [sententiam] *nullam, sicut error calculi* ».

35. — Si dovrebbe ora esaminare qui quando, secondo la dottrina del diritto comune, l'errore di giudizio può dirsi espresso; ma, siccome questa qualità di *expressus* vien considerata come essenziale non solo per l'errore di fatto, ma anche per l'errore di diritto ed anche per l'errore relativo alla premessa maggiore, così ritengo più opportuno rinviare tale indagine a un § separato, in cui tratterò in genere dei requisiti che deve avere l'errore per produrre nullità della sentenza (avanti, nn. 42-52).

Qui piuttosto bisogna esaminare altri due casi di errore di fatto relativo alla premessa minore, nei quali la sentenza è nulla indipendentemente dalla qualità di *expressus* che questo errore possegga: intendo parlare dell'errore contro il fatto notorio, e della discordanza tra i motivi della sentenza e gli atti processuali.

36. — Il concetto di *notorietà, di fatto notorio*, sconosciuto al diritto romano (118), sorse nel diritto canonico e fu elaborato dalla dottrina dei Canonisti, la quale però non giunse mai a porre in questa materia dei principî chiari e concordanti: « *de notorio loquimur* — dice la Glossa *Manifesta*] al c. 15 C. II. quest. 1 — *et quid sit notorium ignoramus* »; e l'annotatore di Felino (119) conferma che « *multi tractant materiam notorii et non intellegunt quod sit notorium* » (120). Si formularono del notorio diverse definizioni, quasi tutte consistenti

---

(117) Ad c. 9. X *de sent. et re jud.* II. 27 nn. 6-7.

(118) Cfr. Stryk, *Dissertationum juridicarum* vol. II (Francofurti et Lipsiae, 1750) Disp. IV^a *De notorio*, cap. I, § IV.

(119) In margine a quanto Felino scrive a commento del c. 9 X *de sent. et re iud.* II 27 n. 5.

(120) Sulla teoria del notorio nel diritto comune, cfr. Wetzell, op. cit., § 20, n. 3 (pag. 179 e segg.); Lessona, *Trattato delle prove* (3^a ed., 1914) I. 169. Per la teoria del notorio nella scienza odierna, cfr. la letteratura citata alla nota 24 di *La genesi* etc., e specialmente Stein, op. cit., Sezione C.

in tautologici giri di parole, come quella data da ANTONIO DA BUTRIO nel suo trattato *De notorio* (121), secondo la quale il notorio sarebbe « *probatio indubitata et finita, nulla discussione egens* » (122); la maggioranza degli scrittori si accordò però nel ritenere che il carattere essenziale e distintivo del fatto notorio è questo: ch'esso non può essere negato da alcuno se non in malafede, « *tergiversatione aliqua non possit celari* » (123), talché non è necessario darne la prova in giudizio (124). Il concetto di fatto notorio fu distinto dai concetti affini di fatto *manifestum, evidens, publicum* etc. (125), e classificato a sua volta in diverse sotto specie: si contrappose il *notorium iuris*, fatto avvenuto in giudizio ed appreso dal giudice per ragione del suo ufficio, al *notorium facti*, fatto conosciuto dalla generalità del popolo indipendentemente dal giudizio (126); e al *notorium facti* furono attribuiti diversi effetti secondoché si trattasse di *notorium facti continui sive permanentis, notorium facti interpolati, notorium facti transeuntis* (127).

Tra le molte questioni che la dottrina sollevò intorno alla teoria del fatto notorio, fu anche discusso se una sentenza nella quale il giudice ritenesse inesistente un fatto notoriamente vero o affermasse vero un fatto notoriamente inesistente dovesse considerarsi nulla o

---

(121) In *Tractatus illustrium jurisconsultorum*, vol. IV. pag. 50 e segg.

(122) Ivi, Art. II. n. 1.

(123) Cfr. c. 10 X *de cohab. cleric. et mulier.* III. 2; c. 15 X *de purg. can.* V. 34; c. 24 X *de verb. sign.* V. 40. Cfr. STRYK, op. cit., c. I. § IX e segg. e WETZELL, op. cit., pag. 183. Su questo concetto del diritto canonico, cfr. STEIN, op. cit., pag. 143 e segg.

(124) Su questo punto anch'esso controverso cfr. STRYK, op. cit., c. II. § 1 e segg. ove riporta le opinioni dei Dottori in proposito.

(125) Citata Glossa *Manifesta*] ad c. 15. C. II. qu. 1 « *Scias ergo quod aliud est fama, aliud manifestum, aliud notorium* ». Letteratura in A. DA BUTRIO, op. cit., art. II, nn. 18-21; STRYK, op. cit., c. 1, § XI e segg.; WETZELL, op. cit., pag. 184, nota 33.

(126) A. DA BUTRIO, op. cit., art. II, nn. 2-4 sul *notorium facti*, e nn. 15-17 sul *notorium iuris*; STRYK, op. cit., c. I, § XXIV e segg.; WETZELL, op. cit., pag. 183. La contrapposizione tra *notorium facti* e *notorium iuris* corrisponde a quella che attualmente fa la scienza tedesca tra *Offenkundigkeit* e *Gerichtskundigkeit* (Cfr. STEIN, *Das private Wissen* cit., §§ 8-9-10; BAYER, *Entscheidungsgrundlagen im deutschen und österreichisches Zivilprozesse.* Graz, 1911, pag. 210 e segg.).

(127) Citata Glossa *Manifesta*] ad c. 15 C. II. qu. 1; cfr. anche sulle varie specie di notorio la glossa *Pastoralis*] al c. 2 Clem., *de sent. et re iud.* II. 9; essa distingue il *notorium facti* dal *notorium iuris* e questo distingue in *notorium facti permanentis, n. f. transeuntis* e *n. f. praesumpti* (p. es. « *si clericus iuvenis et cupidus secum habeat evidenter in domo iuvenculam suspectam, non est notoria fornicatio, sed praesumpta* »).

semplicemente appellabile: il caso, si noti, è diverso da quello in cui il giudice ritenga vero un fatto impossibile (dietro, n. 26), poiché l'errore contro il fatto notorio non implica violazione di alcuna massima astratta di generale esperienza, ma è limitato al singolo fatto concreto (128); il giudice, nel caso in esame, ammette come vero un fatto notoriamente inesistente, ma astrattamente possibile, condannando alcuno, per portare l'esempio del PANORMITANO (129) « *quia spoliavit Ecclesyam cum incendio, et notorie haec causa est falsa, non tamen impossibilis* ».

La dottrina canonica non fu concorde nel risolvere la questione. La Glossa (130), già da me citata, afferma che « *si error est in facto, ut si hoc modo dicatur, excommunico te, quia expoliasti talem. licet manifeste sit falsum, tenet sententia, quia talis causa possibilis est* »; ma il PANORMITANO, dalla locuzione « *manifeste falsum* » desume che la sentenza è valida se contiene un errore contro il fatto manifesto « *quod patet pluribus sed non omnibus* » (131), mentre è nulla se contiene un errore contro il fatto notorio « *quod patet omnibus* ».

Peraltro, in generale, la dottrina, nel risolvere la questione se l'errore su fatto notorio produca nullità della sentenza, distingue il *notorium facti transeuntis*, dal *notorium facti permanentis*; e nel caso di errore contro il notorio della prima specie (p. es. « *si aliquis in publico interfecit hominem, vel fecit sacrilegium* ») (132) dichiara valida la sentenza, mentre la ritiene nulla nel caso di errore contro il notorio della seconda specie (p. e. « *cum aliquis publice tenet adulteram vel concubinam in domo*) (133) e quantunque GIOVANNI D'ANDREA (134) affermi di non scorgere per quale motivo razionale « *notorium actu permanens post sententiam effective plus debeat annullare sententiam quam notorium non persistens tempore sententiae* », la dottrina prevalente sull'argomento è così riassunta da PAOLO DI CASTRO: « *Quid si sententia sit lata contra notorium? Aut est notorium facti transeuntis et valet; aut est notorium facti permanentis et non valet* » (135).

---

(128) Su tale differenza cfr. STEIN, op. cit., pag. 38.

(129) In c. 9 X *de sent. et re iud.* II. 27, n. 9.

(130) *Intolerabilem errorem*] al c. 40. X *de sent. excomm.* V. 39.

(131) Anche A. DA BUTRIO, op. cit., art. II, nn. 18-21 spiega il concetto di manifesto, e all'art. IV n. 49 insegna che « *manifestum autem hoc non operatur ut inficiet sententiam* ». Cfr. letteratura in WETZELL, op. cit., § 20 citato, nota 33.

(132) Citata Glossa *Pastoralis*].

(133) *Ibidem.*

(134) Ad c. 5 *de sent. excomm.* in VI, V, 11, n. 3.

(135) Ad l. 1 § 2 D XLIX 8.

Senonché bisogna notare che da molti il concetto di *notorium permanens* viene scambiato con quello di impossibilità: così GUIDO DA BAISO (136), dopo aver posto la regola sopra riferita, dà un esempio di errore contro il *notorium facti permanentis* nel caso di scomunica di alcuno che « *non commisit culpam nec committere potuit* »; e ANTONIO DA BUTRIO (137) ammette la nullità solo quando « *notorium includitur impossibile... Si tantum sit notorium de falsitate causae, non puto quod procedat, quia talia de facili sint in dubio revocabilia* ». Ben s'intende che, seguendo questo modo di vedere, si viene a negare che l'errore contro il notorio possa produrre, in sé e per sé, nullità del giudicato, che si ha soltanto nel caso, già considerato, di *causa impossibilis*.

La dottrina discute anche se sia nulla la sentenza per errore contro il notorio che non esisteva al tempo della sentenza, ma che sopraggiunge dopo (*notorium superveniens*); e variamente risolve la questione (138).

37. — Può darsi che il giudice nella motivazione della sentenza ponga a base della sua decisione l'esistenza di una circostanza di fatto, la quale non sia né impossibile né contraria al notorio, in modo che non possa dalla semplice lettura della sentenza desumersi l'intervento di alcun errore di fatto: se però, confrontando i motivi di fatto posti nella sentenza col materiale istruttorio sul quale la sentenza si basa, si scopre che il giudice ha ritenuto come vere delle circostanze che gli atti di causa smentiscono o ha creduto che dall'istruttoria resultasse provato un fatto quando invece resulta da essa perfettamente il contrario, si dovrà, ciò nonostante, ritener valido il giudicato? La questione dell'effetto che produce sulla validità della sentenza la discordanza tra la motivazione e gli atti di causa (la cosidetta *Aktenwidrigkeit* dei Tedeschi) (139) non dev'esser confusa coll'altra questione, che tratterò a suo luogo (avanti, n. 52), sulla desumibilità dell'errore di giudizio dagli atti di causa. La questione di cui mi occupo qui, viene rappresentata in modo chiaro e preciso in un esempio che gli scrittori del diritto intermedio portano: dato che in una sentenza il giudice condanni il convenuto a pagare una certa somma

---

(136) *Comm. in Decretales*, loc. cit. da GIOVANNI D'ANDREA.

(137) Op. cit., art. IV. n. 49.

(138) Per l'affermativa, INNOCENZO IV ad c. 6 X *de frigidis et malef.* IV. 15; contro, BALDO, ad l. 11 C. *de app.* VII. 62 n. 2; e ad l. 1 C. *ne filius* IV. 13; FELINO ad c. 9 X *de sent. et re iud.* II. 27 n. 11 e c. 40 X *de sent. exc.* V. 39 n. 9 ed autori ivi.

(139) Cfr. WETZELL, op. cit., § 52, nota 5.

« *quia A et B testes probant debitum* », si deve ritenere valida la sentenza se poi, dal verbale della prova testimoniale, resulta che i testimoni A e B hanno negato la esistenza del debito? INNOCENZO IV, nel commento alle Decretali, afferma in un luogo (140) che, se il giudice « *dixisset, quia per A et B testes sic probatum est sic sententio, et per illos testes nihil probatur, nihilominus praesumitur propter sententiam iudicis* »; ma altrove si smentisce (141), asserendo che in questo caso la sentenza è nulla: e il PANORMITANO nota che questo secondo parere « *est verius et communius* » (142); difatti la maggioranza degli scrittori opina per la nullità della sentenza discordante dagli atti di causa (143).

III. ERRORE RELATIVO ALLA CONCLUSIONE

38. — Quando il giudice ha in modo corretto trovato la norma di legge che deve servire da premessa maggiore nel suo sillogismo, e in modo corretto accertato il fatto ed i suoi caratteri giuridici nella premessa minore, l'attività che gli resta da compiere nel trarre da queste due premesse la conclusione non implica la risoluzione di ulteriori questioni di diritto o di fatto, ma si limita ad una pura operazione logica che consiste nel dichiarare verificata per il fatto singolo, accertato nella premessa minore, quell'effetto giuridico che la norma, posta e interpretata nella premessa maggiore, stabilisce in astratto. L'errore, nel quale il giudice può incorrere nel trarre la conclusione dalle due premesse, non può dunque essere altro che un *errore di logica*, in quanto il giudice tragga dalle premesse stabilite una conseguenza che secondo le normali leggi del ragionamento non ne deriva: non esiste un errore di diritto o un errore di fatto in cui il giudice possa incorrere nel trarre la conseguenza del suo sillogismo, e se errori di diritto o errori di fatto può sembrare che si verifichino proprio in quest'ultima fase conclusiva dell'attività mentale del giudice, questi in realtà sono errori che risalgono alle premesse, e la cui esistenza si manifesta esteriormente solo al momento della conclusione. Può pa-

---

(140) Ad c. 11 X *de prob.* II 19.

(141) Ad c. 18 X *de sent. et re iud.* II. 27, n. 4.

(142) Ad c. 9 X *de sent. et re iud.* II. 27, n. 8.

(143) FELINO, ibid., n. 3; TARTAGNI ad l. 122 § 6 D. XLV, 1 e *Consil.* lib. I, cons. 123 n. 7 e Lib. V cons. 91, n. 6; SCACCIA, *De sent. et re iud.*, Glossa 14, quest. 20, n. 7. Contro: BALDO ad l. 2 C. *de re iud.* VII. 52, n. 2; PAOLO CASTRENSE ad l. 122 § 6 D. XLV. 1, n. 9 e ad l. 1 § 2 D. XLIX, 8; GIOVANNI D'ANDREA al c. 11. X *de prob.* II. 19, n. 51; regola attr. a SOCINO, *decimoquinto fallit.*

rere, ad esempio, che il giudice commetta un errore di diritto relativo alla conclusione, quando, stabilita la norma che fa al caso, accertata la concreta esistenza del fatto, dichiara verificato, nel concludere il suo sillogismo, un effetto giuridico diverso da quello che la norma stabilisce; ma in realtà non è difficile capire che questo errore di diritto è proprio un errore relativo alla premessa maggiore, nella quale il giudice ha rettamente inteso quella parte della norma che contiene i suoi presupposti, ma ha errato nell'interpretare quella parte della norma che contiene l'effetto giuridico, la sanzione della fattispecie ipotizzata (144).

Restringo dunque le mie indagini sugli *errores in iudicando* relativi alla conclusione ai soli errori di logica, rinviando, per gli errori di diritto o per gli errori di fatto, ai principî già posti nelle pagine precedenti.

39. — Mentre la dottrina intermedia configura numerosi gli esempî di errori di diritto e di errori di fatto, non si trova da essa considerato come una specie a sé questo, che io chiamo *errore di logica*, relativo alla conclusione del sillogismo.

Pure un esempio che può essere classificato sotto questa specie è l'*error calculi*, considerato in relazione alla sentenza dalle Fonti giustinianee e, per il tramite specialmente delle l. 1 § 1 D. XLIX. 8 citata e l. un. C. *de errore calculi* II. 5, preso in considerazione anche dalla letteratura del diritto comune. Ho già accennato come, dalla legge 1 § 1 del citato titolo del Digesto, i commentatori traessero la nullità della sentenza contenente un espresso errore *di fatto*; ma in realtà l'*error calculi* non può in nessun modo considerarsi errore di fatto più di quello che possa equipararsi all'errore di diritto. Nell'esempio di sentenza viziata da errore di calcolo che i Dottori tolgono con insignificanti variazioni verbali dalle Fonti romane, la decisione del giudice è così motivata: « *quia constat Titium debere Sempronio quinquaginta ex tali specie et triginta ex tali, ideo eum condemno in centum* » (145): evidentemente in questa sentenza non si ha né un

---

(144) Anche il diritto comune considera nulla per errore *contra ius* la sentenza in cui il giudice ha errato nel determinare la conseguenza giuridica (p. e. la multa oltre il limite stabilito dalla legge: cfr. l. 5 C. *quando provocare non est necesse*. VII 64). A tal proposito si legge nel *Decretum*, c. 41. C. II quest. 6, che è nulla la sentenza « *item cum certa ratione et fine iudices mulctare possunt; si aliter contra statutum legis modum mulctam irrogaverint quod contra ius gestum videtur, firmitatem non tenet* ». Cfr. su questo punto De Unzola, *Apparatus* citato pag. 412, col. 1ª.

(145) Panormitano, ad c. 9 X. *de sent. et re iud.* II. 27. n. 6 in fine.

errore di diritto relativo alla premessa maggiore, perché rettamente è posta la norma, sottintesa nella motivazione, che chi è debitore è obbligato a pagare il suo debito; neppure si ha un errore di fatto relativo alla premessa minore, perché la circostanza che Tizio deve a Sempronio 50 per un titolo e 30 per un altro è rettamente accertata: l'errore si produce dunque nel momento in cui il giudice dalle premesse corrette trae una conclusione scorretta, non già per un vizio in cui egli sia incorso nel determinare le premesse suddette, ma per un errore relativo ad una legge logica del pensiero, per la quale la somma di 50+30 non può essere 100.

Né i Legisti né i Canonisti, che dell'esempio romano largamente si servirono nelle loro teoriche sugli effetti dell'*error in iudicando*, concepirono la differenza che vi era tra un *error calculi*, relativo alla conclusione del sillogismo, ed un errore di fatto, relativo alla premessa minore: solo il PANORMITANO tratta separatamente (146), quasi considerandoli due diversi casi, l'ipotesi dell'errore di calcolo e quella della *causa falsa consistente in facto*; ma poi anche l'errore di calcolo considera come esempio di *error facti*, e la dottrina in generale non intuisce neppure la differenza (v. dietro, n. 34), quantunque l'ultima parte della l. 1 § 1 D. XLIX. 8 chiaramente distingua l'errore di calcolo dall'errore relativo ad una circostanza di fatto (147).

Già ho notato anche che erroneamente i commentatori detraggono dalle citate leggi romane il principio che l'errore di calcolo rende nulla la sentenza, mentre nel diritto romano è affermato chiaramente il principio che una sentenza contenente un errore di calcolo è pienamente valida, ma può essere corretta dal giudice stesso che l'ha pronunciata (148). Tuttavia, anche per l'errore di calcolo la dottrina del diritto comune ammise la nullità, come dirò meglio tra breve (avanti, n. 42), solo quando l'errore fosse espresso: insegna infatti il DURANDI che la sentenza è soltanto appellabile « *ratione calculi seu malae computationis, nisi error calculi in sententia exprimatur* » (149).

---

(146) Nel commento al citato c. 9 X. *de sent. et re iud.* II, 27.

(147) Nella ipotesi preveduta nell'ultima parte di tale l. 1 § 1 il giudice, alla somma realmente dovuta, aggiunge per altro titolo un'altra somma, che egli *erroneamente* ritiene dovuta. Cfr. LINDE, op. cit., I § 131 e II § 239.

(148) Cfr. LINDE, op. cit., II § 239. BARDELEBEN, op. cit., § 21, pagg. 46-49; anche SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Vol. VI (trad. SCIALOIA, Torino, 1895), pag. 407 insegna che la sentenza viziata da *error calculi* è valida, ma correggibile nel computo.

(149) *Speculum*, lib. II. Partic. III. Rub. *Sententiae effectus qui sit.* n. 1; DE UNZOLA, *Apparatus* a ROLANDINO cit. P. III. cap. 9 (*Apparatus in nonum capitulum de iudiciis*) Rub. *de sententiis* p. 411 tergo.

40. — Un altro caso considerato dalla dottrina, che può farsi rientrare in questa classe di errori è quello in cui il giudice nel pronunciare la sua sentenza enuncia un motivo, dal quale, secondo le normali leggi della logica, non può derivare la conseguenza che il giudice ne ritrae. Gli scrittori portano qui esempi caratteristici di sentenze così concepite: « *Excommunico te quia Padus currit* » (150); oppure: « *Quia decem et decem faciunt viginti, ideo condemno te in viginti* » (151), nei quali si vede che la conclusione che il giudice trae non è affatto giustificata dalla premessa enunciata, poiché il fatto che il Po corra non è in verità ragione sufficiente per scomunicare alcuno, né la regola aritmetica che $10 + 10 = 20$ importa logicamente che si debba condannare alcuno a pagare 20. Sentenze così motivate sarebbero oggi tipicamente denunciabili in cassazione per vizio di motivazione; ma secondo il diritto comune, il quale non esigeva la motivazione, sentenze siffatte erano valide, poiché si presumeva che la vera ragione giuridica per cui il giudice aveva preso tale decisone fosse stata da lui taciuta, ma esistesse nel suo pensiero (avanti, n. 57).

41. — Possiamo finalmente considerare come errori di giudizio relativi alla conclusione quelli della sentenza che condannasse la parte a un *praeceptum impossibile* o ad un *praeceptum turpe*. Già ho detto che nei casi in cui il giudice commettesse nella conclusione del suo sillogismo un errore di diritto, questo, meglio che alla conclusione, dovrebbe farsi risalire alla premessa maggiore del sillogismo; ma, all'infuori del caso di *error iuris*, può darsi un'ipotesi in cui, avendo il giudice un potere discrezionale per la determinazione della prestazione, condanni una parte a compiere una prestazione impossibile e disonesta. Non mancano negli scrittori esemplificazioni della prima e della seconda ipotesi; ecco infatti un esempio di sentenza contenente un precetto fisicamente impossibile: « *ut ecce iudex praecepit quod ego deberem exhibere sib Titium, qui erat mortuus* » (152); ed ecco l'esempio di una condanna ad azione disonesta: « *si iudex aliquam partem in aliquem locum inhonestum adesse iusserit, ut puta in popinam vel in lupanar* » (153).

In questi due esempî ed in altri analoghi che si potrebbero addurre, il giudice dimostra, coll'imporre il suo *praeceptum* impossibile o turpe, di commettere un errore non già limitato al caso singolo, ma

---

(150) Regola attribuita a Socino *Decimo fallit*.
(151) Baldo ad l. 2 C. *de re iud.* VII. 52. n. 2.
(152) P. de Unzola, *Apparatus* loc. cit., pag. 408.
(153) Id., pag. 412.

relativo alla massima di esperienza generale secondo cui non si può condurre in giudizio un morto, o al sentimento generale di onestà che vieta alle persone dabbene l'accesso a luoghi indecorosi. Pur tuttavia questo errore, quantunque riguardi una massima di esperienza generale o un principio di generale moralità, non può farsi risalire alla premessa maggiore del sillogismo (come si è fatto per il caso di sentenza basata su *causa impossibilis*), perché l'occasione di applicare la massima di esperienza o il principio di morale e quindi l'occasione di commettere errore su questo o su quella si presenta al giudice, nei casi in esame, per la prima volta al momento di determinare la prestazione entro il campo del suo potere discrezionale: nel sillogismo che prepara la sentenza, il giudice ha rettamente posto nella premessa maggiore la norma giuridica per la quale, data una certa fattispecie, spetta al giudice determinare la prestazione secondo un potere di discrezionalità; ha poi nella premessa minore rettamente accertato il verificarsi della fattispecie supposta dalla norma. Fin qui, dunque, ha proceduto correttamente; ma l'errore è intervenuto proprio nell'ultima fase del suo ragionamento, quando, facendo uso del potere discrezionale a lui consentito, ha violato nel determinar la prestazione le leggi della possibilità fisica o della possibilità morale.

La sentenza contenente un precetto impossibile, fisicamente o giuridicamente, è, secondo la concorde dottrina, nulla; ugualmente è nulla la sentenza che contenga un precetto immorale, poiché « *inhonestum dicitur impossibile* » (154). La fisica eseguibilità e la onestà della condanna sono considerati elementi così essenziali dalla dottrina, che ROLANDINO, nella sua *Summa*, definisce la sentenza « *iudicantis praeceptum non naturae, non iuri, non bonis moribus contrarium* » (155); in ciò il diritto comune non porta alcuna innovazione al diritto romano, secondo il quale era inesistente la sentenza « *cui pareri rerum natura non potuit* » (156), e inefficace la decisione arbitrale « *si arbiter aliquid non honestum iusserit* » (157).

Una certa attinenza colla sentenza viziata da errore relativo alla conclusione hanno le sentenze incerte, oscure, contraddittorie, condizionate, delle quali la dottrina (e talvolta anche espressamente la

---

(154) DE UNZOLA, l. c. pag. 412. Cfr. BARDELEBEN, op. cit., § 16, pag. 33.

(155) l. c. Rub. *de sententiis*.

(156) l. 3 D. *quae sent. sine app.* XLIX, 8.

(157) l. 21 § D. *de recept.* IV. 8. Su queste leggi cfr. LINDE, op. cit., II. § 231; BARDELEBEN, op. loc. cit.; CALDA, *Le nullità assolute della sentenza civile* (*Archiv. giur.* Vol. 80), pag. 374 e letteratura in nota 2; WETZELL, op. cit., § 60, nota 100.

legislazione statutaria) (158) afferma la nullità (159); ma in questi casi la nullità, più che da *error in iudicando* relativo al contenuto sostanziale della decisione, deriva da un vizio formale relativo alla redazione estrinseca della sentenza. E per questo non credo opportuno soffermarmi a studiare particolarmente questo argomento.

§ 4. — Requisiti che deve avere l'errore per produrre nullità della sentenza.

I) « *Error expressus* ».

42. — La dottrina intermedia, tanto quella formatasi intorno alle leggi romane quanto quella formatasi intorno ai Canoni, ogniqualvolta indaga sulle specie e gli effetti dell'*error in iudicando*, distingue in modo netto l'*error expressus* dall'*error non expressus*. « *Distinguitur inter expressum et non expressum errorem* » insegna la Glossa (1): infatti la regola generale afferma che soltanto l'*error expressus* può produrre la nullità della sentenza, mentre l'errore *non expressus* ne produce soltanto la appellabilità. Questa regola vale per tutte le specie di errori ch'io son venuto classificando nelle pagine precedenti: vale per la sentenza *contra ius scriptum*, la quale non è nulla se non *expresso errore in sententia* (2); vale per quella *ex falsa causa lata*, la quale è nulla solo *falsa causa expressa in sententia* (3); vale per l'*error calculi*, ed in generale per ogni errore di fatto, che la dottrina equipara

---

(158) Cfr. per es. lo Stat. di Brescia citato, *Statuta Civilia*. Rub. 14. *De modo et forma procedendi* § *Omnes et singuli commissarii*: « *...non possint in eorum consiliis seu sententiis consulere vel sententiare absolvo absolvendos vel condemno condemnandos, vel similibus verbis utendo, sed teneantur et debeant eorum consilia et sententias dare et proferre in scriptis, clare, aperte et sine ulla conditione vel alternatione* ».

(159) Cfr. WETZELL, § 60, pag. 807.

(1) Ad l. 1 § 2 D. *quae sent.* XLIX, 8.

(2) All'esistenza della qualità di *expressus* nell'errore si riferiscono sempre gli scrittori quando parlano di sentenza data *contra ius*. Cfr. AZONE, *Summa* l. c. n. 2; BARTOLO ad l. 32 D. XLII. 1; BALDO, ad l. 2 C. VII. 64; DE FERRARIIS, *Practica* cit., Rub. *Forma sententiae diffinitivae*, n. 43; PAOLO DI CASTRO, GIASONE, TARTAGNI, alle leggi 27 e 32 D. XLII. 1; l. 122 § 6 D. XLV, 1; 19 D. XLIX. 1; 2 C. VII. 64. Glossa *Intolerabilem errorem*] al c. 40 X *de sent. excomm.* V. 38; OSTIENSE, *Summa*, Lib. II. Rub. *De sententia, Qualiter proferri debeat*; INNOCENZO IV al c. 40 X *de off. et pot. iud. del.* 1. 29; PANORMITANO, al c. 1 X *de sent. et re iud.* II. 27. 1; FELINO, ivi nn. 6-9; regola att. a SOCINO; VANZI, op. l. cit. n. 122; ALTIMARO, op. l. cit. n. 24.

(3) DE FERRARIIS, l. c. n. 47.

all'errore di calcolo (4). « *Distingue* — dice la Glossa (5) — *utrum fuerit expressa causa erroris, vel non: ut primo non teneat, secundo sic* ».

La dottrina trasse simile distinzione, che costituisce uno dei capisaldi fondamentali della teoria dell'*error in iudicando* in questo periodo, dalla interpretazione letterale di alcune leggi romane e di alcune Decretali, le quali, considerando l'errore di giudizio quale causa di nullità della sentenza, mostravano di richiedere nell'errore, come essenziale a questo effetto, la qualità di *espresso*: tra le leggi romane fu in special modo tenuta presente la locuzione della l. 19. D. *de appell.* XLIX, 1 secondo la quale « *si* EXPRESSIM *sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet* » (6), e, fra le Decretali, tutte quelle già da me citate, che affermano la nullità di una sentenza viziata da *intolerabilis error* PATENTER EXPRESSUS. Movendo da queste fonti, la dottrina cercò di precisare, nei modi che passo ad esporre, la nozione dell'attributo di *expressus*, che l'*error* doveva avere per produrre la nullità del giudicato.

43. — L'operazione logica, attraverso la quale si produce la sentenza, si compie interamente nel pensiero del giudice, né alcun modo vi è per seguirne e controllarne lo svolgimento, e per accertare, qualora siano intervenuti in questa operazione degli errori, la loro natura e la loro importanza: tutti gli errori di giudizio, che il giudice può commettere nell'intimo della sua coscienza durante le diverse fasi del suo ragionamento, hanno una ripercussione sulla sentenza, che di questo ragionamento interno è la esterna conclusione; ma, qualunque sia la natura dell'errore che il giudice ha commesso — di diritto o di fatto, nella premessa maggiore o in quella minore o nella deduzione finale —, l'effetto che da esso si fa sentire sulla sentenza è sempre lo stesso, in quanto qualunque errore di giudizio commesso dal giudice porterà sempre alla uguale conseguenza pratica che nella sentenza verrà dichiarata come esistente una volontà di legge che non esiste, o viceversa verrà dichiarata inesistente una volontà di legge già pro-

---

(4) Cfr. i luoghi di TANCREDI e del DURANDI riferiti al n. 34; AZONE, *Summa*, l. c. n. 3; i Commentatori alle l. 1 D. XLIX. 8 ed alla l. un. Cod. *de err. cal.* II. 5; VANZI, op. l. cit. n. 129; ALTIMARO, op. l. cit. n. 36.

(5) Ad l. un. C. *de err. calc.* II. 5.

(6) V. su questa legge VASSALLI, scritto cit., pag. 13, che ritiene interpolata, tra altre, anche la parola *expressim*. Ho già detto alla nota 83 del § 3 che la l. 32 D. XLII. 1 veniva, tra le diverse spiegazioni, interpretata anche nel senso che la nullità non si verificava perché non vi era errore espresso; debbo aggiungere qui che anche la l. 27 *h. t.*, il cui significato è così dibattuto anche dalla dottrina moderna, veniva dal diritto intermedio generalmente interpretata come un caso di errore *non espresso*.

dottasi nel mondo giuridico (7). La sentenza derivante da *error in iudicando*, non svela dunque, in sé e per sé, lo specifico vizio che la inquina: se il giudice erroneamente decide che « il testamento di Tizio è valido », non è possibile dalla sola enunciazione di questo giudizio conclusivo rendersi conto se il giudice ha errato in diritto sulla interpretazione della legge che stabilisce le condizioni giuridiche della validità del testamento, o se ha errato in fatto sulla esistenza dei presupposti di questa legge nella fattispecie concreta.

Per potere seguire il ragionamento che ha portato il giudice a pronunciare la sua sentenza e in esso cogliere la specifica sede dell'errore che si ripercuote poi sulla conclusione, occorre che il giudice stesso abbia espresso, a esplicazione ed a commento della sua decisione, i motivi di diritto e di fatto che lo hanno condotto fino ad essa: occorre, cioè, che il giudizio sia accompagnato dalla *motivazione*. Il diritto romano, pur ammettendo che il giudice pronunciasse una sentenza motivata, non imponeva la motivazione come obbligatoria (8); e, naturalmente, ogni volta che le Fonti giustinianee parlano di sentenza viziata da *error in iudicando*, portano esempî di sentenze motivate, poiché, ove la sentenza non fosse stata motivata, sarebbe stato impossibile studiare la natura e gli effetti dell'errore (9). Il principio che la sentenza è valida anche senza motivazione, passò dal diritto romano nel diritto canonico (10), e fu accolto in generale da tutti gli scrittori del diritto comune, i quali candidamente confessavano che il motivare le sentenze era una pericolosa imprudenza per il giudice, che veniva così a scoprire i lati deboli del suo ragionamento ed a svelare i suoi errori (« *in sententia non est necessario exprimenda causa, quia posset facile annullari, si causa esset erronea* ») (11), mentre la sentenza non motivata poteva esser fondata su qualsiasi errore, senza per questo offrire il fianco a nessun attacco della parte condannata; anzi la unanime dottrina, alla quale sembrava migliore insegnamento quello che indicasse ai giudicanti il modo di far delle sentenze valide

---

(7) Cfr. su questo punto il n. 68.

(8) WETZELL, op. cit., § 46, e nota 10; BARDELEBEN, op. cit., pag. 38.

(9) BARDELEBEN, *ibidem*.

(10) WETZELL, loc. cit. Cfr. c. 16. X *de sent. et re iud.* II. 27 ed ivi Glossa *Exprimantur*]. Però nei giudizî ecclesiastici era uso dare i motivi. PERTILE, op. cit., VI. parte 2ª, pag. 223.

(11) GIASONE, ad l. 122 § 6. D. XLV. 1. n. 54. Cfr. su questo punto TANCREDI, *Ordo*, IV. 1. 5. OSTIENSE, *Summa* Rub. *de sententia* § *qualiter proferri debeat*, in fine; BARTOLO, ad l. 2 § 2. D. *de his qui not.* III. 2; DURANDI, *Speculum* Lib. II. *partic.* 3 *De sent.* nn. 5-13; TARTAGNI, ad l. 122 § 6 D. XLV. 1. n. 37; REIFFENSTUEL, op. cit., lib. II., *de sent.* § III. n. 98 e segg.; PERTILE, op. cit., VI. p. 2ª, pag. 223 e segg.

anziché quello che indicasse il modo di far delle sentenze giuste, insegnava che « *si cautus sit iudex, nullam causam exprimet* » (12) e affermava che il giudice che facesse il contrario era da qualificarsi stolto, *fatuus* (13). Non mancarono per altro anche in Italia, fin dal diritto statutario, disposizioni di legislazioni particolari che, derogando alla suddetta massima dell'*ius commune*, esigevano la motivazione delle sentenze civili (14): e sarebbe anzi un'indagine di singolare interesse quella volta a ricercare, a partir dagli statuti comunali, l'origine e lo sviluppo del principio della motivazione obbligatoria. Posso però affermare in generale che uno degli scopi per i quali fino da allora qualche legge particolare si oppose al comodo precetto dell'*ius commune*, fu appunto quello di dare ai litiganti un mezzo di discernere con precisione qual'era il punto sul quale il giudice si era ingannato, e di conoscere la natura dell'*error in iudicando* da lui commesso, per poterne dedurre le conseguenze sulla validità della sentenza. « *Ut magis advertant et considerent* — dice lo Statuto di Bologna del 1454, Lib. II, Rub. *de appellationibus*, prescrivendo che nelle sentenze siano espresse le *causae principaliter moventes ipsos iudices et eorum animos ad tales sententias sic proferendas, — qui habent iudicare et ut erubescant ponere falsa pro veris*: ET UT FACILIUS COGNOSCI POSSIT QUANTUM IUSTE IUDICAVERINT ».

L'*error in iudicando*, dunque, non può essere rintracciato ed individuato se non quando il giudice abbia riferito nella motivazione la

---

(12) OSTIENSE, l. c.

(13) GIASONE, l. c.

(14) Alle disposizioni indicate dal PERTILE, *Storia*, Vol. VI, parte 2ª, pag. 224, nota 117 (Stat. di Genova cit. I. c. 7; Stat. Bologna di cui nel testo; in Firenze l'obbligo della motivazione non fu introdotto, come scrive il PERTILE, dalla Riforma della Ruota del 1532, ma già esisteva nella provvigione del 15 aprile 1502 che creò la Ruota stessa. Cfr. SALVETTI, *Antiquitates florentinae*, 1777, I § 78), aggiungo, tra gli Statuti da me consultati, quello dello St. di Arezzo del 1535 (*Liber Statutorum Arretii*, Arezzo, 1536) Lib. II. Rub. 44 *de sent. et laudis*, secondo la quale i giudici sono tenuti « *intra octo dies a die latae sententiae vel laudi notario de tali deffinitiva rogato in scriptis et manu propria dare dicere et allegare iura doctrinas et quotas quibus ad diffiniendum moti fuerint ipseque notarius custodiat talem scripturam et partibus quarum interest copiam petentibus competenti mercede concedat* »; e quella dello St. di Colle Val d'Elsa (*Statuta Communis Collis Vallis Elsae*, manoscritti in Bibl. degli Avvocati di Firenze), addizione del 1527 al c. *De appellationibus* (pag. 212, tergo, del manoscritto) Rub. *Che il giudice del potestà sia tenuto dare e motivi della sentenza*: « *sia tenuto... dare alla parte che li ricercherà e' motivi et li fondamenti per li quali si sarà mosso a dare tale sententia, et non dando alla parte adimandante tali motivi, la sententia per lui data s'intenda essere et sia ipso iure nulla et niuna esecutione di tale sententia fare si possa* ».

compendiosa storia del cammino che il suo pensiero ha dovuto compiere per giungere alla decisione (15). Quindi la prima condizione necessaria affinché l'errore di giudizio possa dirsi *expressus* è che la sentenza sia motivata: la sentenza non motivata non poteva dunque mai, secondo la dottrina intermedia, dirsi nulla per *error expressus*.

44. — Premesso così che l'errore *expressus* può solo verificarsi in una sentenza motivata, occorre ora determinare che significato dava la dottrina all'attributo *expressus*.

Errore espresso è, secondo il comune insegnamento dei Dottori, quello che « *ex verbis infertur* » (16), quello che appare alla semplice lettura della motivazione della sentenza: « *talis error quod oculo corporali in dicta sententia... cerni possit, non autem quod oculo mentis et per subauditos intellectus* » (17). Senonché questa spiegazione sposta il problema, ma non lo risolve; e occorre ancora domandarci: quando si può dire che l'errore possa essere scoperto *oculo corporali* e non *oculo mentis*? S'intende che, ove si prendesse alla lettera questo criterio di distinzione proposto dagli scrittori, si verrebbe alla conclusione che nessun errore può dirsi espresso, in modo tale che possa essere scoperto colla semplice lettura materiale della sentenza senza nessun lavoro di ragionamento. L'esistenza di un errore, infatti, può resultare soltanto dal paragone dell'entità in cui l'errore si trova con altra entità che costituisca la regola, la normalità: ed ogni osservatore che giudica erroneo l'oggetto posto dinanzi a lui, deve, per poter formulare questo giudizio, fare espresso o tacito riferimento a un termine di paragone, a un modello ideale, dal quale l'oggetto sottoposto al suo giudizio devia. Ora, affinché l'*error in iudicando* del giudice fosse così *expressus* da poterlo discernere colla semplice lettura, bisognerebbe che il giudice avesse espresso nella motivazione non solo l'elemento erroneo, ma anche il termine di paragone dinanzi al quale questo elemento è erroneo; bisognerebbe, per esempio, che il giudice non avesse nella sua sentenza affermato soltanto un principio contrario ad una

---

(15) Il PANORMITANO, però, configura il caso (ad c. 9 X *de sent. et re iud.* n. 10) di una sentenza in cui non esista alcuna motivazione, ma sia notorio che essa deriva da motivi erronei. Anche in questo caso egli ritiene che « *notorietas iniustitiae sine alia expressione debet reddere sententiam nullam* ».

(16) BALDO, ad l. 1. C. *de prob.* IV. 19; ALTIMARO, op. l. cit. n. 35.

(17) GIASONE, ad l. 32. D. XLII. 1. n. 10, e ad l. 122 § 6. D. XLV. 1; TARTAGNI, ad l. 32 citata, n. 15; VANZI, op. loc. cit. n. 122; ALTIMARO, op. loc. cit. n. 34. Il PANORMITANO insegna che è valida la sentenza quando « *per argumenta et conclusiones potest intellectualiter reduci ut sit contra ius commune* » (ad. c. 1. X. *de sent. et re iud.* n. 13).

legge, ma avesse, insieme a tale affermazione, espresso anche la legge che da questa è violata, dicendo: « poiché, nonostante che la legge neghi validità al testamento del minore degli anni XIV, io ritengo che il testamento del minore degli anni XIV sia valido, condanno etc. ». Come si vede dall'esempio, l'ipotesi di un errore *expressus* in modo così compiuto è, in pratica, quasi inconcepibile: in pratica, invece, il termine di paragone in base al quale si dedurrà l'errore sarà nel pensiero dell'osservatore e non sarà mai espresso nella sentenza.

La dottrina intermedia, adunque, quando per annullare la sentenza richiede che l'errore sia verificabile *oculo corporali*, non può escludere che, per mettere in chiaro tale errore, si debba fare mentalmente un confronto tra un termine che sta nella sentenza *ed un termine che sta all'infuori di essa* e che esiste nella mente dell'osservatore (p. e. una norma di legge, una massima di esperienza); affinché si abbia errore espresso nel senso voluto, basta che nella sentenza si trovi dichiarato in modo indubitabile quell'elemento, che, messo poi a confronto con altro elemento esistente nel pensiero dell'osservatore, apparirà erroneo.

45. — Ma, ciò posto, resta ancora da stabilire in quale misura ed in qual forma debba essere espresso nella sentenza l'elemento erroneo. Si è visto, per esempio, che l'errore di diritto rende nulla la sentenza solo quando è errore sulla esistenza o sul contenuto di una legge chiara (dietro nn. 21 e segg.), non quando è errore sulla determinazione dei caratteri giuridici della fattispecie concreta: ora, per poter dire che una sentenza rientra nel primo caso e non nel secondo — e quindi è nulla —, occorrerà che il giudice nella sua motivazione esprima un giudizio di diritto *generale ed astratto* che, messo poi a paragone colla norma, si dimostri erroneo, o basterà che il giudice esprima nei motivi un *giudizio singolo* relativo alla fattispecie controversa, dal quale si possa però dedurre che egli ha nella sua mente formulato un giudizio generale ed astratto che contrasta colla norma di legge? Occorrerà, in altre parole, ch'egli affermi come verità generale un principio contrario ad altro principio di diritto o di ragione, o basterà ch'egli ponga come verità particolare una affermazione che è inconciliabile con un principio di diritto o di ragione?

In verità la dottrina, non molto chiara su questo punto, pare piuttosto proclive a restringere il concetto di *error expressus* (si è visto che Giason del Maino nega che possa mai essere espresso l'errore *contra mentem legis*: dietro, n. 22) e ad esigere che l'errore, per produrre il suo effetto, debba essere espresso in modo generale ed astratto: « *Quando oppositum legum pro fundamento accipitur, debet sumi oppositum legum in generalitate illa, qua ipsae leges loquuntur* »,

afferma PINELLO (18), per ciò che riguarda l'errore di diritto, riferendo l'opinione generale della dottrina: esempio perfetto di errore di diritto espresso sarebbe così solamente quello della l. 1 § 2 D. *quae sent.* XLIX. 8, nella quale il giudice respinge la domanda dell'attore per il motivo generale ed astratto che « *neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse* ». Pur tuttavia lo stesso PINELLO, dopo aver posto il principio viene da sé a dimostrarne la infondatezza, commentando la l. 2 C. *quando prov.* VII. 64: in questa legge viene fatta l'ipotesi di una sentenza viziata da errore di diritto, in cui il giudice ha espresso l'errore non « *in generalitate illa quae ipsae leges loquuntur* », ma con una affermazione limitata al singolo caso concreto; in essa il giudice non afferma in generale che « il testamento dei minori degli anni XIV è valido », ma in particolare che nella fattispecie controversa quel tal minore aveva validamente fatto testamento, « *potuisse defunctum, etiam minorem XIV annis, testamentum facere* ». Se fosse vera la regola che l'*error expressus* è solo quello espresso in termini generali, questa sentenza non sarebbe viziata da errore espresso e dovrebb'essere valida; e invece è proprio portata dalla citata legge romana come un esempio di sentenza nulla. PINELLO giustifica questa apparente contraddizione alla regola posta, coll'avvertire che le norme di legge talvolta proibiscono un certo atto in modo assoluto, talché non ammettono alcuna eccezione, « *ita ut nullo casu non vigeat earum prohibitio* » (19); talaltra, invece, nello stabilire una proibizione, ammettono contro di essa qualche deroga eccezionale (20). Ora la differenza tra queste due specie di leggi proibitive, per ciò che riguarda la nullità delle sentenze, consiste in questo: che ove una sentenza trasgredisca, in modo espresso o tacito, una legge della prima specie, essa è inevitabilmente nulla; mentre di fronte alle leggi della seconda specie, anche se la sentenza si esprime contro di esse, può darsi che non sia nulla, come tra poco si vedrà. Per la prima specie, dunque, la regola che l'errore di diritto non annulla la sentenza se non è espresso in modo generale, non vale: è nulla infatti anche la sentenza nella quale l'errore di diritto non è espresso in modo astratto e comprensivo, ma è espresso un erroneo giudizio singolo, dal quale si può risalire all'errore generale: « *etiamsi non sumat pro fundamento iuris errorem, ostendat tamen expressim se illum supponere, verbigratia si dicat: pronuncio Titium impuberem testari posse, cum tamen clarissimi iuris sit impuberem testari non posse* ». Per aversi nullità in questo caso « *sufficiat quidem contra*

(18) Scritto cit. n. 13.
(19) *Ibid.*, n. 5.
(20) *Ibid.*, n. 6.

priores (leges) directo pronunciare, saltem tacite: nec requiratur illarum oppositum pro fundamentum accipi » (21).

PINELLO deduce da questo che non è vera sempre la regola per la quale l'errore, per viziare la sentenza, deve essere espresso, e che, per certe leggi che non ammettono eccezione, l'errore produce nullità della sentenza anche se non è espresso. Meglio invece si deve concludere dall'esempio surriferito che per aversi nullità della sentenza occorre sì errore espresso, ma che il concetto di errore espresso è più ampio di quanto PINELLO mostri di ritenere, non occorrendo che l'errore sia enunciato in modo generale ed esplicito, ma bastando che siano enunciati nella sentenza tali giudizî singoli sul caso concreto, i quali dimostrino di per sé stessi, in modo necessario, la esistenza di un errore di giudizio. Questo principio è del resto confermato da diversi casi di sentenze nulle configurati dalla dottrina del diritto comune: quando, ad esempio, gli scrittori suppongono una sentenza in cui il giudice scomunica « *istum eunuchum quia praegnantem reddidit monialem* », la nullità della sentenza deriva, come si è visto (dietro, n. 26) dalla violazione della massima di esperienza secondo la quale un eunuco non ha capacità fisiologica di generare; ma nel tenore della sentenza suddetta l'errore non è espresso in modo generale ed astratto (come se il giudice dicesse « *quia eunuchi possunt reddere praegnantes mulieres* »), sibbene è espresso un giudizio relativo al caso singolo; eppure la sentenza è nulla. Ugualmente, nel caso dell'*error calculi in sententia expressus*, sopra citato (dietro, n. 39), la nullità del giudicato deriva dalla violazione di una regola di calcolo elementare secondo la quale $50 + 30 = 80$; ma nel tenore della sentenza che gli scrittori suppongono, non è espresso l'errore generale che $50 + 30 = 100$, sibbene, nella conclusione del sillogismo si stabilisce una erronea cifra totale per il caso concreto, senza esprimere in base a quale regola sia stata calcolata; eppure, anche in questo caso, la sentenza è nulla. La ragione per cui in questo e nel precedente caso si ha nullità della sentenza sta appunto in questo: che nell'un caso come nell'altro il testo della sentenza contiene tali giudizî relativi al caso singolo, dai quali chiunque può e deve necessariamente comprendere che il giudice ha basato la sua sentenza su un errore di indole generale; talché, quantunque l'errore non sia esplicitamente dichiarato, si rivela a chiunque indubitatamente la sua esistenza (22).

---

(21) *Ibid.*, n. 8.

(22) Lo stesso per la sentenza ricordata al n. 17, la quale non afferma in modo generale ed astratto che « il far l'elemosina sia un atto peccaminoso » o che « l'astenersi dal furto sia un atto meritevole di scomunica »; ma presuppone evidentemente tali concetti.

Dalle cose dette mi sembra dunque di poter concludere che il concetto di sentenza contenente un *error expressus*, più corrispondente ai principî della dottrina ed agli esempî da essa portati, possa essere riassunto nel modo seguente: sentenza contenente un *error expressus* è quella, la cui motivazione è redatta in termini tali, dai quali ogni persona colta di giure e di normale intelligenza possa alla semplice lettura detrarre, col solo aiuto delle sue nozioni generali e senza speciale conoscenza del caso concreto sottoposto a decisione, l'esistenza di un errore di giudizio.

46. — Ho accennato (dietro, nn. 32-34) alla tendenza che si manifesta nella dottrina, per influsso del diritto canonico, ad affermare che anche la sentenza viziata da errore di fatto è nulla, quando tale errore è espresso. Questa affermazione si trova però posta dalla dottrina in modo teorico; ma in pratica gli scrittori non danno esempî di errori di fatto che possano dirsi espressi, e che, per questo solo carattere, indipendentemente dai requisiti di notorietà o di discordanza tra la sentenza e gli atti, producano nullità della sentenza. La ragione è evidente: un errore di puro fatto, relativo al singolo rapporto controverso sottoposto a decisione, non può resultare se non dal confronto del giudizio erroneo col fatto quale si è svolto nella sua esistenza reale; ossia, in altre parole, l'esistenza di un errore intorno a un singolo fatto non può essere avvertita se non da chi abbia perfetta cognizione del singolo fatto medesimo. Se ora *error expressus*, secondo il concetto più sopra esposto, può dirsi solamente quello che da qualunque persona può essere osservato col solo aiuto delle sue nozioni generali, bisogna concludere che l'errore di fatto, alla cui conoscenza è presupposta una nozione speciale sul fatto singolo, non può mai essere espresso; e che quando la dottrina afferma la nullità della sentenza in base a un errore di fatto espresso, o si riferisce a casi speciali in cui l'errore di fatto viola anche una massima di carattere generale (p. e. l'ipotesi di *causa impossibilis*), o pone un principio puramente teorico, che non può avere mai pratica applicazione.

47. — Del resto, che l'*error expressus* non avesse importanza pratica nel dominio del puro errore di fatto resulta anche dalla circostanza che la dottrina canonica, inclinata, come si è visto, a considerare come causa di nullità anche l'*error facti*, creò, nel campo degli errori di fatto, due nuove figure di errore che potevano produrre la nullità della sentenza: e cioè l'*error facti notorii* (dietro, n. 36) e l'errore di fatto desunto dalla discordanza fra la sentenza e gli atti (dietro, n. 37).

Nessuna di queste due figure di errore può farsi rientrare nel concetto di *error expressus*; ma ambedue hanno però coll'ipotesi di

error expressus una certa affinità. Quando il giudice pronuncia una sentenza nella cui motivazione si afferma una circostanza contraria ad un fatto notorio, tale errore di fatto non può essere rilevato da qualunque persona col solo aiuto delle nozioni generali da essa possedute, poiché l'errore contro il fatto notorio non viola nessuna norma generale di diritto o di ragione: l'affermazione di un fatto notoriamente falso non ha infatti in sé niente di assurdo o di irragionevole, che contrasti colle norme del diritto o colle leggi fondamentali del pensiero umano. L'errore contro il fatto notorio non vien dunque desunto, come l'*error expressus*, dal solo suggerimento delle nozioni generali; ma è avvertito solo in virtù di una nozione di carattere particolare, limitata al singolo fatto controverso, e non assurgente alla generalità di norma o di massima che debba aver vigore per una pluralità di casi. Peraltro (ed ecco in che cosa l'errore contro il notorio si avvicina all'*error expressus*), quantunque la nozione, col sussidio della quale l'errore contro il notorio può essere scoperto, sia una nozione di carattere speciale limitata al singolo fatto controverso, simile nozione non è personale ed esclusivo patrimonio di soli coloro che hanno osservato direttamente il singolo fatto controverso, ma è patrimonio comune, in certi limiti di luogo e di tempo, della generalità delle persone mediocremente colte e intelligenti: insomma l'errore contro il notorio non appare se non mettendo a confronto il giudizio di fatto affermato dal giudice con una notizia relativa a questo singolo fatto, la quale però, quantunque speciale e limitata a questo fatto, è conosciuta dalla generalità delle persone. Come è nulla per *error expressus* ogni sentenza dalla cui motivazione chiunque, in base alle sue nozioni generali, può dedurre l'esistenza di un errore, così è nulla per violazione del notorio la sentenza contenente un errore di fatto, quando qualunque persona può desumere tale errore dalla esatta nozione del fatto stesso, ch'essa ha attinto non dalla propria scienza privata, ma dal comune patrimonio di notizie appartenente alla società in cui vive (23). Per questa affinità che passa tra l'*error expressus* e l'errore contro il notorio, affermano i Canonisti che « *notorium habet vim illam, quam erroris expressio* » (24), che « *notorietas erroris aequipollet expressioni* » (25), che « *paria sunt aliquid iniustum exprimi vel quod notorie constet illud esse iniustum* » (26).

---

(23) Cfr. STEIN, op. cit., pag. 147.

(24) GIOVANNI D'ANDREA, in c. 5 *de sent. excomm.* in VI, V, 11, n. 3, alla voce *innoxios*].

(25) PANORMITANO, ad c. 9. X. *de sent. et re iud.* II. 27. n. 8.

(26) PANORMITANO, *ibid.*, n. 10; e INNOCENZO IV in c. 2. X *de dilationibus*, II. 8.

In quanto poi al caso in cui la sentenza è nulla perché il giudice nella motivazione ha posto un giudizio di fatto che viene smentito dagli atti (*Aktenwidrigkeit*), non si ha qui nella sentenza nessuna espressione da cui ogni persona possa desumere, in base alle sue nozioni generali o neppure in base alla *notorietà* del singolo fatto, l'esistenza di un errore: qualora però si metta a paragone la sentenza cogli atti a cui essa si riferisce, allora l'errore di fatto apparirà evidente anche a coloro che del fatto stesso non hanno nessuna privata scienza, poiché ognuno è capace, in base alle più elementari leggi della logica, di scoprire la contraddizione tra la sentenza, affermante che dagli atti resulta vero un fatto, e gli atti stessi che, al contrario, smentiscono questo fatto.

Tanto l'errore contro il fatto notorio quanto l'errore desumibile dalla discordanza fra la sentenza e gli atti, hanno dunque coll'*error expressus* questo comune carattere: che qualunque persona può scoprirli senza avere una diretta immediata e particolare conoscenza del fatto controverso, senza valersi di nozioni speciali sul rapporto concreto desunte dalla sua scienza privata ed esclusiva.

48. — Posto nelle pagine che precedono il concetto che a me sembra più esatto di *error expressus*, si deve avvertire che la regola, secondo la quale l'*error expressus* produce la nullità della sentenza, è sottoposta ad alcune eccezioni in due sensi opposti. Cioè: *a*) si hanno dei casi in cui una sentenza, pur contenendo un errore espresso, non è nulla; *b*) si hanno dei casi in cui una sentenza è nulla per errore di giudizio, anche se questo errore non è espresso. Accennerò ad alcuni esempî di queste due classi di eccezioni.

49. — *a*) Tra i casi in cui l'errore di giudizio, quantunque *expressus*, non produce la nullità della sentenza, dovrei annoverare anzitutto quello in cui l'*error expressus* non è anche *error causalis*; ma di questa ipotesi tratterò più avanti (n. 53 e segg.), studiando il requisito di *causalità* che l'errore deve avere.

50. — L'esempio più importante di *error expressus* che non rende nulla la sentenza, è quello, portato da Pinello, dell'errore di diritto contro la legge che, in qualche eccezionale circostanza, ammette una deroga al suo precetto. Ho accennato (dietro, n. 45) che Pinello distingue le leggi proibitive in due categorie: quelle assolutamente inderogabili, e quelle eccezionalmente derogabili. Per questa seconda categoria di norme, che *aliqua circumstantia cessant*, Pinello insegna che quand'anche si abbia una sentenza affermante, in modo espresso e categorico, un principio di diritto contrario a una di queste norme,

non per questo la sentenza è nulla poiché « *cum possit dari circumstantia in qua lex cesset, praesumitur in dubio ob eam taliter iudicatum, contra verba potius quam contra mentem praedictarum legum* » (27). Gli esempî che PINELLO porta per illustrare tale principio sono tutti tolti dal diritto romano: uno dei più evidenti è quello tolto dalla regola che proibisce al figlio di famiglia di far testamento (28), eccettuato che in materia di peculio castrense (29). Se un giudice afferma nella sua sentenza che il figlio di famiglia può far testamento, tale sentenza non è nulla, perché si presume che il giudice nel pronunciarla abbia pensato al caso del peculio castrense (30). Cosicché, secondo PINELLO, un precetto di legge il quale possa venir meno in certe eccezionali circostanze, può esser negato in modo generico dal giudice senza che la sentenza sia nulla, poiché si presume che il giudice ritenga verificata in questo caso la eccezionale circostanza, che permette di disapplicare la legge. Simile principio verrebbe meno però, ove il giudice affermasse espressamente il contrario della legge appartenente a questa seconda categoria, in modo assoluto e generale, dicendo, p. es., « *quia* OMNIS *filius familias testari potest* »; oppure ove il giudice escludesse specificatamente nel caso la esistenza della circostanza eccezionale nella quale la legge può non essere applicata, come, p. es., « *Titium filium familias testari posse, quamvis non habeat peculium castrense* »: in tali casi, esclusa la possibilità di ritenere che il giudice abbia giudicato contro la legge per aver creduto verificata la circostanza in cui essa non ha luogo, la sentenza è nulla, « *cum iudex tollat circumstantias in quibus ipsae cessabant, tacite contra suam generalitatem pronunciare colligitur* » (31). L'opinione di PINELLO è però contraddetta da FELINO, il quale nel suo Commentario alle Decretali (32) scrive: « *etiamsi sententia expresse contra ius lata possit aliquibus casibus salvari, puta si pronunciatur filium familias potuisse testari, quia licet possit salvari in peculio castrensi vel quasi, tamen sententia est nulla, cum de illis casibus nihil dicat* ». E più sotto (33) pone espressamente il principio che « *gerens actum certis casibus specialiter permissum debet exprimere quod gerit ex aliqua causa ex specialiter permissis* ».

---

(27) Loc. cit. n. 10.

(28) ULPIANO, XX 10. « *Filiusfamilias testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet ut de eo testare possit* ».

(29) Pr. Inst. *quibus non est perm.* II. 12.

(30) Loc. cit. nn. 10-11.

(31) Loc. cit. nn. 11 e 12.

(32) Ad c. 1. X *de sent. et re iud.* II. 27 n. 7 *amplia quinto.*

(33) Ibid. nn. 7 e 16. Cfr. anche BARTOLO, ad l. 12. D. *de poenis* XLVIII. 9 e l. 7 D. *de inter. et rel.* XLIII. 1.

51. — *b*) Venendo ora a parlare dei casi in cui una sentenza può esser nulla per errore di giudizio anche se questo non è *expressus* (a prescindere, si intende, dalle ipotesi già viste di errore contro il fatto notorio o di sentenza discordante dagli atti), noto anzitutto che gli scrittori vedono uno di questi casi in conseguenza della confusione che essi fanno tra *error in iudicando* ed *error in procedendo*.

Insegna a tal proposito il PANORMITANO (34) che « *in infinitis casibus sententia contra leges canonesve prolata est nulla*, LICET ERROR in SENTENTIA NON SIT EXPRESSUS »; e porta ad esempio il caso di nullità *ex defectu iurisdictionis*. Egli fa in proposito una distinzione, cui già ho accennato (dietro, n. 3) « *Aut sententia est contra ius habito respectu ad merita causae... aut illud jus contra quod est lata sententia concernit extrinsecus aliam iniustitiam a meritis causae, puta ut sententia non feratur die feriata... Priore casu debet distingui an sententia sit lata contra ius, iuris errore in sententia non expresso, et valet sententia. Aut fuit in sententia iuris error expressus, et tunc sententia est ipso iure nulla. Secundo casu principali, quum est lata sententia contra ius concernes aliam iniustitiam et non merita causae; et tunc dico... quod sententia est ipso iure nulla, sive sit expressus error in sententia, sive non* ». Simile ragionamento, però, deriva dal considerare cogli stessi criterî tanto gli errori *in iudicando*, quanto quelli *in procedendo*; per questi ultimi, cioè per le violazioni di leggi processuali, non importa per aversi nullità che la violazione sia espressa nella sentenza, poiché essa violazione è un errore di attività, non un errore di giudizio: invece per gli *errores in iudicando*, che qui mi interessano, anche il PANORMITANO conferma che per produrre nullità l'errore dev'essere espresso.

52. — Ma, restando nel campo dei veri e proprî *errores in iudicando*, gli scrittori del diritto comune si pongono questo problema: affinché il giudicato sia nullo, occorre sempre che l'errore sia espresso nel tenore stesso della sentenza, o può bastare che l'errore, pur non essendo espresso nella sentenza, sia dichiarato però negli atti di causa sui quali la sentenza si fonda? Il problema, si noti, è del tutto diverso e indipendente da quello, già visto (dietro, n. 37), della nullità del giudicato per discordanza fra la sentenza e gli atti: mentre in quello la nullità deriva dalla contraddizione tra il motivo di fatto espresso nella sentenza e il fatto stesso, quale si trova riferito esattamente negli atti, talché la sentenza è nulla solo perché non è fedele alle risultanze processuali consacrate negli atti, — nel caso in esame si domanda se

---

(34) Ad c. 1. X *de sent. et re iud.* n. 5 e segg.; FELINO, ivi, n. 9.

la sentenza possa essere nulla, perché si basa su atti contenenti un errore, perché è fedele a tali atti in modo che il vizio insito in essi si trasmette nella pronuncia del giudice. Il problema può porsi e vien posto ugualmente dalla dottrina per tutte le specie di errori di giudizio che rendono nulla la sentenza quando sono espressi in essa: e possono configurarsi esempî evidenti per tutte le specie di errori. Poniamo, ad esempio, che l'attore, nel libello introduttivo della lite, abbia chiesto che sia dichiarato valido il testamento di Tizio, specificando espressamente che Tizio è minore di XIV anni: il giudice, nella sua sentenza, accoglie la domanda e si limita a dichiarare valido il testamento di Tizio, senza riferirne l'età; potrà in questo caso dirsi nulla la sentenza per errore di diritto? Oppure: resulta in un giudizio di scomunica, da una quantità di testimoni unanimi, che l'imputato è eunuco; se il giudice nella sua sentenza scomunica l'imputato stesso per aver reso madre una monaca, senza peraltro far parola della sua difettosa conformazione fisica, potrà dirsi nulla la sentenza per *causa impossibilis*?

La questione viene risoluta in tre diversi modi. Secondo alcuni autori (35) la sentenza non può mai essere nulla per un errore che non sia espresso in essa, ma che sia desumibile dagli atti, « *quia sententia refertur ad acta quantum ad declarationem ipsius sententiae, sed non quo ad invalidandum eam* » (36). Secondo altri autori *ultramontani* (37), quali Iacobo d'Arena, è vera l'opinione perfettamente contraria, per la quale « *non debet distingui an sit error expressus vel non, dummodo ex actis colligatur* » ed è nulla la sentenza anche per errore desumibile solo dagli atti, perché « *sententia semper refertur ad acta* » (38). Vi è finalmente, tra questi due pareri estremi, una opinione intermedia, enunciata per la prima volta da Bartolo (39) e in seguito prevalente, secondo la quale bisogna distinguere varie ipotesi: anzitutto bisogna vedere se il giudice si riferisce espressamente nella sua sentenza all'atto processuale in cui si trova l'errore, poiché, in caso di riferimento espresso, la sentenza deve considerarsi nulla; se poi il giudice non si riferisce espressamente a nessun atto di causa, bisogna di nuovo sta-

---

(35) Tartagni, ad l. 27 D. *de re iud.* XLII. 1.

(36) Id., *ibidem.*

(37) Riferiti dal Tartagni, al l. cit. Cfr. nota seguente.

(38) Citato da Panormitano in c. 9 cit. n. 8, il quale riferisce che è di questa opinione anche Paolo di Leaza, nel commento alla Clementina *Pastoralis* (c. 2 Clem. *de sent. et re iud.* II. 11.

(39) Ad l. un. C. *de err. calc.* II. 5; Baldo, *ibid.*, n. 25; Panormitano, l. c.; Felino, ad c. 1 cit. n. 1; Tartagni, *Cons.* Lib. I. 123, n. 7; Vanzi, op. loc. cit. nn. 129-131; regola attribuita a Socino, *undecimo fallit.* Cfr. su questo argomento Franchi, *Ad titulum de appellationibus commentari* (Lugduni, 1548) in c. *Dilecto* (pag. 90 e segg.) n. 141 e segg.

bilire se l'errore si trova in uno di quegli atti « *ad quae de necessitate refertur sententia* » (quale sarebbe, per es., il libello), e in caso affermativo la sentenza è nulla; se invece l'errore si trova in un atto che non rientra tra i suddetti, allora la sentenza non è nulla, « *si vero error appareret ex aliis actis, propter hoc non redditur sententia nulla* » (40), perché « *iudex fortasse ex alio fuit motus quod non apparet in actis* » (41). Come esempio di atto a cui la sentenza deve necessariamente riferirsi, i citati autori indicano il libello; e, per la sentenza di appello, la sentenza di prima istanza, poiché « *sententia appellationis necessario refertur ad sententiam primam* » (42).

Noto qui, a conclusione di questo punto, che gli autori che ammettono la desumibilità dagli atti dell'errore non espresso nella sentenza, intendono che, per aversi la nullità del giudicato, l'errore sia *expressus* negli atti, in quello stesso senso in cui si parla di *error expressus* nella sentenza. Voglio dire, cioè, che questi autori ammettono, sì, che allo scopo di scoprire l'esistenza di *errores in iudicando*, si debba tener presente non solo la motivazione della sentenza, ma anche gli atti ai quali la sentenza si riferisce; ma non per questo ammettono che l'errore esistente negli atti possa essere rintracciato per mezzo di notizie particolari e specifiche sul rapporto controverso, desunte dalla scienza privata ed esclusiva di una sola persona. L'errore che si trova negli atti può annullare la sentenza solamente quando abbia quei requisiti che ho cercato di precisare a proposito dell'*error expressus* nella sentenza: esso deve cioè esser tale che qualunque persona, ignara del fatto controverso, possa rendersene conto in base alle sue nozioni generali, alla semplice lettura degli atti in cui tale errore si trova.

II) « *Error causalis* ».

53. — Baldo, commentando la l. 2 C. *quando prov.* VII. 64, fa notare la locuzione *ac per hoc* che in essa viene usata, a designare il nesso di causalità che, per aversi nullità della sentenza, deve passare tra l'errore di giudizio ed il giudicato; solo quando esiste tale nesso di causalità la sentenza può dirsi viziata da errore di giudizio « *quod error expressus in causa videtur expressus in causato, et quod error antecedens parit destructionem consequentis* ». In base a tale principio afferma la unanime dottrina che l'errore di giudizio, per produrre

(40) Bartolo, l. c.
(41) Tartagni, Cons. 123, del Lib. I. citato.
(42) V. autori alla nota 39 di questo §.

nullità della sentenza, deve essere, oltreché *expressus*, anche *causalis*: il giudice, cioè, deve avere interamente fondato la sua pronuncia sul motivo erroneo, e tratto da esso il suo giudizio come conclusione da una premessa, in modo che, dimostrandosi erronea la premessa, debba immancabilmente cadere anche la sentenza che era la sua conseguenza necessaria, né si possa ritenere che, dimostrato erroneo quel motivo, la stessa sentenza possa restar ferma per qualche altro motivo non erroneo. Questa massima, passata anche nel diritto moderno, in cui l'errore di giudizio non produce i suoi effetti se non quando sia causale (43), trova, negli scrittori del diritto intermedio, esemplificazioni ed applicazioni.

54. — La massima che l'errore deve esser *causalis* si applica anzitutto in tema di errore di diritto. Può darsi che nella motivazione della sentenza il giudice affermi in modo espresso e categorico un principio di diritto che viola apertamente una norma di legge; ma se poi, pur avendo commesso simile violazione, il giudice applica rettamente al caso concreto una norma di legge diversa da quella violata, la sentenza è valida, come se il giudice non avesse in nessun modo violato la legge. Non basta dunque, per aversi nullità, che la sentenza sia *contra ius*, ma occorre che sia « *contra ius et contra id de quo agitur* » (44); è valida invece la sentenza che contiene un errore di diritto contro una legge « *quae non facit ad causam* », come avviene in un esempio portato da FELINO (45), in cui il giudice nella sua sentenza, dopo avere in base a un giusto giudizio dato la sua pronuncia, aggiunge poi « *non oportere diffinitivam in scriptis ferri* »: questa asserzione è un palese errore di diritto (46), ma siccome per nulla essa influisce sulla decisione già redatta in scritto, nessun effetto tale errore ha sulla validità del giudicato.

Esempî consimili si potrebbero portare anche in tema di errore di fatto, in cui il più grave errore non distrugge la validità della sentenza quando è un errore *non pertinens* al caso sottoposto a decisione.

---

(43) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, in tema di cassazione, pag. 1025; e, per la revisione tedesca, SCHMIDT, *Lehrbuch* cit. pagg. 799-800; KLEINFELLER, *Lehrbuch* cit., pag. 488; WEISMANN, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes* (1° Vol., 1903), pagg. 444-445; WACH, *Vorträge* cit., pag. 285; « *Der Revisionsgrund ist Gesetzesverletzung, für das Urtheil* KAUSALE *Gesetzesverletzung* ».

(44) PANORMITANO, ad c. 40 X *de sent. exc.* V. 39 n. 14; FELINO, ivi, n. 3.

(45) Ad c. 1 X *de sent. et re iud.* II. 27 n. 14 *Limita sexto*: cfr. anche SOCINO, regola citata, *decimo fallit*.

(46) Simile asserzione, infatti, va contro una regola del diritto romano (cfr. LINDE, op. cit., II § 233) passata nel diritto comune. (Cfr. DURANDI, l. c. n. 12; FERRARIIS, l. c. n. 39).

55. — Una delle applicazioni più caratteristiche del principio che l'errore produce nullità della sentenza solamente quando è causale, si ha in quell'insegnamento dato dai Canonisti, secondo il quale, quando una sentenza si fonda su più motivi di diritto o di fatto, la sentenza è valida, qualora tra questi diversi motivi ve ne sia almeno uno corretto e non viziato da errore: l'errore di diritto o di fatto non ha influsso sulla sentenza, se, caduto e messo da parte il motivo erroneo, resta saldo un altro motivo a giustificare la correttezza della sentenza: « *quandoque in sententia exprimitur una sola causa* — dice il DE FERRARIIS (47) — *et super ea est fundata sententia... et tunc sententia redditur nulla. Aut in ea exprimuntur plures causae et tunc aut omnes sunt falsae, et idem quod supra, aut una est falsa et alia vera, et tunc stat firma sententia, inspecta potius causa vera quam falsa* ». Questo principio è stato affermato per la prima volta da INNOCENZO IV (48), e, secondo FELINO, è una massima creata dal diritto canonico, inquantoché « *hoc dictum est incognitum Legistis* »: lo stesso FELINO lo riassume, dicendo che, affinché una causa erronea possa produrre la nullità della sentenza, occorre ch'essa sia « *totalis causa sententiae* » (49).

La portata ed il significato di questa massima sono acutamente spiegati dal PANORMITANO, il quale insegna che essa è applicabile solamente quando, essendovi due motivi per sostenere la sentenza, dei quali uno solo sia errato in diritto, ambedue questi motivi abbiano efficacia pari, onde, se uno viene a cadere, basti l'altro di per sé stesso a giustificar la pronuncia. E porta l'esempio seguente (50): « *Iudex pronunciavit testamentum valere, quia minor* XIV *annis potest testari, et quia probatum fuit quod testator erat maior* »; in questo caso la sentenza è valida, perché, quantunque il primo motivo sia evidentemente contrario al diritto, non ha modo di trasferire il proprio vizio nella pronuncia, in quanto l'altro motivo dimostra che si ha nella fat-

---

(47) *Practica* cit. Rub. *Forma sent. diffinitivae* n. 47.

(48) Ad c. 6 X *de renunc.* I. 9 « *Si exprimatur una causa contra ius et alia quae non est contra ius, tenet sententia ut potius valeat quam ut pereat* ». Su questo principio cfr. GIOVANNI D'ANDREA allo stesso c. 6; PANORMITANO, al c. 9 X *de sent. et re iud.* n. 7; c. 13 *h. t.* n. 10; c. 16 *h. t.* nn. 14 e 15; FELINO, al c. 9 *cit.* n. 10, ed al c. 1 n. 14 *Limita sexto* ove dice: « *Si iudex ferat sententiam, fundando se super aliqua lege quae non facit, sententia non est nulla, ex quo aliter non expressit errorem contra ius, nec est irritanda, si potest alia lege sustineri* »; TARTAGNI, ad l. 122 § 6. D. XLV. 1. n. 50; regola attr. a SOCINO, *quinto fallit*; REIFFENSTUEL, Lib. *de re iud.* § 3. n. 73; BARBOSA, ad c. 1 *de sent. et re iud.* n. 2; VANZI, op. loc. cit. n. 123 e ALTIMARO, che lo ricopia, op. loc. cit. n. 43.

(49) Loc. cit. in nota precedente.

(50) Ad c. 9 X *de sent. et re iud.* n. 8.

tispecie uno stato di fatto per il quale è perfettamente superfluo andare a decidere se il testamento di un minore di XIV anni sia valido o no. Ma può essere che il giudice dica: « *testamentum valere quia minor* XIV *annis potest testari et quia nullus defectus affuit in numero testium* ». In questo caso, quantunque le ragioni con cui la pronuncia è motivata siano due, e soltanto la prima contenga un errore di diritto, la seconda non basta a escludere la nullità della sentenza, poiché, quando si verifica che ad un testamento sono stati presenti i necessarî testimoni, non per questo diventa inutile indagare se il testatore fosse capace di testare, « *quia non sufficit solemnitatem fuisse adhibitam, nisi testator fuerit habilis* ». Affinché la sentenza basata su più motivi sia valida occorre dunque che il motivo non erroneo sia tale da escludere e neutralizzare il motivo o i motivi viziati da errore (51).

56. — È notevole incontrare nel già citato Statuto di Bologna del 1454 una disposizione (la quale anch'essa, come la norma dello Statuto di Brescia ricordata al n. 25, è di evidente origine dottrinaria) per cui vien data forza di legge al principio sorto dal diritto canonico intorno alla nullità della sentenza basata su più motivi (dietro, n. 55): « *Et si aliqua causa expressa in sententia reperiretur non fuisse vera, ex hoc non vitietur ipsa sententia: nisi si et prout videbitur iudici seu iudicibus qui de iniustitia vel nullitate dictae sententiae per viam principalis petitionis... cognoscerent et ostenderent* DICTAM SENTENTIAM EX IPSIUS SENTENTIAE TENORE EX ILLA SOLA CAUSA, SEU EX ILLIS SOLIS CAUSIS EXPRESSA SEU EXPRESSIS, ET QUAE FALSA SEU FALSAE DICERENTUR, LATAM ESSE ET DICTAM CAUSAM VEL CAUSAS FALSAS ESSE. *Quibus causis irritari et annullari possint seu nullae pronunciari, si et prout iudicanti videbitur iuris esse* » (52). Lo Statuto di Bologna così, che fu uno dei primi a imporre ai giudici l'obbligo della motivazione, fu anche l'unico, a mia scienza, che stabilisse esplicitamente la regola che l'errore non vizia la sentenza se non è causale.

57. — La regola secondo la quale la causa erronea produce la nullità della sentenza solo quando è *causa totalis* veniva intesa in una misura assai ampia: perocché non solo si ammetteva la validità della sentenza, quando il giudice, accanto al motivo erroneo, ne aveva espresso uno non erroneo e tale da giustificare da sé solo il giudicato; ma si ammetteva la validità della sentenza in cui fosse espresso *il solo* motivo erroneo, qualora però il giudice avesse lasciato intendere nelle

---

(51) Regola attr. a SOCINO, *quinto fallit* « *sed limita praedicta quum si illa causa non esset sufficiens non valeret dicta sententia* ».

(52) Stat. citato, Lib. II. Rub. *de appell.* § *In quibus.*

sue espressioni che la sua pronuncia si basava anche su altri motivi sottintesi, o qualora si potesse per qualsiasi ragione ritenere che il motivo espresso nella sentenza non fosse proprio l'unico che avesse persuaso l'animo del giudice.

Vedremo tra poco che, secondo il diritto comune, ogni sentenza ha in favor suo una presunzione di giustizia (avanti, n. 63): in base a questo principio ogni sentenza dev'essere interpretata anzi nel senso che la rende valida che in quello da cui deriverebbe la sua nullità: « *ad hoc, ut sententia reddatur nulla* — scrive FELINO (53) — *oportet quod appareat iudicem per hoc errasse in iure et in facto*, SECUS SI POTEST EVITARI ERROR ». Ora, di esempî in cui, pur avendosi una sentenza viziata da errore, si riesce a salvarne la validità perché « *potest evitari error* », cioè si può presumere che l'errore non sia causale, moltissimi ne offre la dottrina.

Già si è visto che la prevalente dottrina ritiene valida la sentenza « *in qua iudex exprimit causam non concludentem* » (« *excommunico te quia Padus currit* »; dietro, n. 40), perché si presume che la sentenza si fondi su dei motivi concludenti, che il giudice non ha espressi (54). Ma altri esempî si hanno, anche più dimostrativi. Nel caso di discordanza fra la sentenza e gli atti, FELINO (55), dopo aver affermato la nullità della sentenza che ritenesse esistente in atti una resultanza processuale che poi negli atti in realtà non esiste, aggiunge però che, per aversi tale nullità, bisogna che la discordanza tra la pronuncia e gli atti sia assoluta e non spiegabile se non col ritenere che il giudice abbia errato. Supponiamo infatti il caso di una sentenza in cui il giudice assolve il convenuto « *quia A et B testes non probant debitum* », e poi dagli atti si rilevi invece che A e B hanno testimoniato affermando la esistenza del debito. In tal caso « *dato quod videantur probare debitum, tamen in absolutoria non est error, quum possibile est, quod ex aliqua eorum trepidatione iudex non adhibuit eis fidem et propter transitum in rem iudicatam presumitur pro eo, etsi vacillatio vel trepidatio non sit scripta* » (56). Il contrario avverrebbe, invece, ove il giudice condannasse il convenuto « *quia A et B testes probant debitum* », e dagli atti resultasse che A e B hanno negato la esistenza del debito: in questo caso, non potendosi stabilire nessuna presunzione a favore del giudice, la sentenza è nulla (dietro, n. 37).

---

(53) FELINO, ad c. 9 X *de sent. et re iud.* n. 1.

(54) BALDO, ad l. 2 C. *de re iud.* VII. 52; regola attr. a SOCINO, *sextodecimo fallit.* Contro però REIFFENSTUEL, op. cit. *De re iud.* § 4, n. 130, il quale insegna che è nulla la sentenza « *in qua iudex exprimit causam non concludentem* ».

(55) Al luogo citato nella nota 53 di questo §: v. ALTIMARO, op. cit. Rub. VI, quest. 4. n. 35.

(56) FELINO, l. c.

In generale poi, affinché la sentenza fosse nulla per discordanza tra essa e gli atti, occorreva che il giudice nella sua motivazione si fosse riferito in modo specifico ad un determinato atto, che resultasse poi contrario a quanto il giudice affermava: « *ad hoc, ut relatio ad acta vitiet sententiam, oportet quod fiat* PER MODUM CAUSAE, *vel simile, secus si sententia simpliciter enunciet acta propter aliud, scilicet ut iudex ostendat cognovisse de causa, puta quia dicit* — VISIS ACTIBUS, TESTIBUS ET INSTRUMENTIS IN CAUSA PRODUCTIS — *etiamsi addat* — ET MAXIME TESTIBUS — » (57). Analogamente, per i casi in cui il giudice *fatuus* non avesse voluto capire che il motivare la sentenza è sempre un inutile rischio (dietro, n. 43), consigliavano i Dottori che il giudice, prima di esprimere i motivi di fatto e di diritto su cui si basava la sentenza, ponesse la parola *maxime* o *praesertim*: « *consilium est quod semper iudex vel consultor, quum exprimat causam, adiiciat dictionem maxime* » (58); poiché in tal modo la locuzione *maxime* o *praesertim* faceva presumere che i motivi espressi nella sentenza fossero solo una parte di quelli che avevano indotto il giudice alla sua pronuncia. Il giudice così lasciava un àdito aperto ai motivi non espressi, inquantoché, a dire del VANZI, la formula *maxime* o *praesertim* dava a conoscere che i motivi espressi erano stati enunciati solo *ad abundantiam* e non come *totalis causa* del giudicato (59).

58. — Può darsi che l'errore di giudizio commesso dal giudice abbia prodotto un vizio non nella qualità della condanna, ma solo nella quantità della condanna stessa: ciò avviene, per esempio, nel caso già ricordato dell'*error calculi*, in cui il giudice erra nel condannare a pagare 100 colui che avrebbe dovuto condannare a pagare solamente 80. Ora in casi consimili la nullità della sentenza doveva limitarsi soltanto a quella parte della pronuncia che derivava dall'errore, a quell'eccesso di condanna per il quale l'errore era *causalis*, in modo che la condanna a 100 fosse nulla solo per quei 20 che il giudice aveva erroneamente calcolato in più; oppure la nullità si doveva estendere a tutto quanto il giudicato, negando validità non solo alla parte di condanna che derivava da errore, ma anche a quella che corrispondeva alle rette ragioni del calcolo? Gli scrittori unanimi accettavano questa seconda soluzione, « *cum sententia sit res indivisibilis* » (60).

---

(57) FELINO, ad c. 9 cit. n. 4. V. VANZI, op. l. cit. nn. 129-130.

(58) GIASONE, ad l. 122 § 6. D. XLV. 1. Cfr. anche gli autori citati in nota 7 del § 4.

(59) V. VANZI, op. l. cit. n. 123.

(60) Glossa ad l. 20 D. *de iurisd. omnium iud.* II. 1; BARTOLO, BALDO e gli altri commentatori alle leggi. 1 § 1 D. XLIX. 8; l. 1 C. *si adversus rem iud.* II, 27; l. 1. un. C. *de err. calc.* II. 5; l. 2 C. *de re iud.* VII. 52: la dottrina in

Veniva però considerata a parte la ipotesi che la sentenza potesse scindersi in più capi e che i diversi capi fossero basati ciascuno sopra un diverso motivo: in tale ipotesi, giusta l'aforisma « *quot capita tot sententiae* », si considerava come una pronuncia a sé ciascuno dei capi dei quali la sentenza si componeva, e se alcuno dei motivi era erroneo, si annullava solamente quel capo o quei capi che su tale motivo si basavano, restando pienamente validi gli altri capi della pronuncia, giustificati da altri motivi corretti (61). È questa un'ultima e non trascurabile applicazione del principio che l'errore, per produrre nullità, deve essere *causalis* (*) [58 bis].

---

questo senso trovasi riassunta dallo SCACCIA, *Tract. de sent. et re iud.* Glossa 14. Quest. 13 n. 5 e segg., il quale però sostiene (n. 10 e segg.) la opinione contraria, pur avvertendo: « *rem aggredior difficilem: sed Deus auxiliabitur* ».

(61) Oltre i luoghi citati alla precedente nota, cfr. PANORMITANO, in c. 1 X *de sent. et re iud.* II. 27, n. 8; FELINO, *ibid.*, n. 11; SCACCIA, l. c. nn. 1-4. V. specialmente SALICETO, ad l. un. C. *de errore calc.* II. 5, n. 3, che porta un esempio: « *sicut fit quotidie quando revidentur rationes alicuius administrationis et calculati iudici referuntur et secundum relationem condemnat, et tunc aut sententia plura continet capitula, puta ex administratione salis in centum et ex administratione vini in ducentis et ex administratione lanae vel pannorum in quingentis, tunc in capitulo non errato valet,* etc. ».

(*) [58 bis] Le distinzioni e i principî posti nelle pagine precedenti valgono per la sentenza definitiva, non per quella interlocutoria, definita dalla dottrina una « *semiplena sententia, quae profertur inter principium et finem causae, non super principali, sed super contingentibus et inhaerentibus* » (TANCREDI, *Ordo* cit. Lib. IV § 1 *de sent. diffin.*; DURANTI, *Speculum* Lib. II. *partic.* III. Rub. *sententiae specie quot sint* n. 2), né per il decreto del giudice « *quod sapit potius naturam interlocutoriae* » (PANORMITANO, ad c. 1 X *de sent. et re iud.* II. 27 n. 20; SCACCIA, *Tract. de sent. et re iud.* Glossa XIV, quest. 2, n. 47 e segg.). Per l'interlocutoria (salvoché fosse una interlocutoria *habens vim diffinitivae*) e per il decreto, il diritto comune poneva la regola che il giudice potesse revocarli quando meglio credesse, detraendola dalla c. 14 D. *de re iud.* XLII. 1 (cfr. anche c. 60 X *de appell.* II. 28); e siccome di conseguenza tali provvedimenti non passavano mai in giudicato (TANCREDI, l. c.; PANORMITANO, al c. 60 X *de appell.* II. 28 nn. 9-11; MARANTA, *Speculum aureum* cit. parte VI Rub. 1, quest. 4, n. 44; ALTIMARO, op. cit. Rub. III quest. 3; SCACCIA, *Tr. de sent. et re iud.*, Glossa XIV, parte 4, n. 37; ID., *Tr. de appellationibus* quest. XIX rem. 1, conclus. 6, n. 3), qualunque errore di giudizio ne produceva senz'altro la nullità: così l'errore di diritto anche non espresso (PAOLO DI CASTRO, ad l. 2 C. VII, 64, n. 2), l'errore contro il notorio in qualunque caso (FELINO, ad c. 40 X *de sent. excomm.* V. 39, n. 2), l'errore *contra ius litigatoris* (GIASONE, ad l. 32 D. *de re iud.* XLII, 1, n. 3); e tali provvedimenti erano nulli anche se basati su *causa partim vera, partim falsa* (TARTAGNI, ad l. 11 D. *de adq. poss.* XLI, 2 n. 32). La ragione di questa diversità (sulla quale, oltre i citati, cfr. BARTOLO, ad l. 11 D. *de adq. poss.* XLI. 2, n. 1; TARTAGNI, l. c. n. 8 e ad l. 122 § 6 D. XLV. 1, n. 39; PANORMITANO, ad c. 1 X *de sent. et re iud.* n. 20; FELINO, *ibid.*, n. 16; FERRARIIS, *Practica* cit. Rub. *Forma sententiae diffinitivae* n. 48) era trovata nel fatto che le interlocutorie e

§ 5. — Conclusioni.

59. — Dopo avere così, nel modo più fedele e più compiuto che mi è stato possibile, riassunto sistematicamente i principî che la dottrina italiana venne elaborando intorno all'errore di giudizio, debbo ora trarre alcune deduzioni conclusive dalla esposizione già compiuta, principalmente allo scopo di dimostrare quali nuovi elementi furono aggiunti intorno alla teoria dell'*error in iudicando* a quelli stabiliti dal diritto romano: e credo che riuscirò a dimostrare brevemente come questa teoria subì nel diritto intermedio una trasformazione profonda, per influsso esclusivo del diritto canonico, il quale sostituì al concetto prevalentemente *politico*, cui in questo tema si inspirava il diritto romano, un concetto prevalentemente *morale*.

60. — L'oggetto di questo Studio non mi permette di esporre in modo ampio e dettagliato i diversi casi di *error in iudicando* che si trovano considerati dalle leggi romane (molte delle quali, del resto, ho ricordate incidentalmente nelle pagine precedenti, per notare i loro influssi sul diritto comune). Debbo qui limitarmi ad osservare che il diritto romano, come distingue la *quaestio iuris* dalla *quaestio facti* (dietro, n. 6), così fa differenza tra il potere che il giudice ha nella risoluzione delle questioni di diritto e il potere che il medesimo ha nella risoluzione delle questioni di fatto, e, in base al principio che « *facti quaestio sit in potestate iudicantium, iuris autem auctoritas non sit* » (62), ritiene che i punti di fatto possono essere decisi dal giudice secondo il suo libero apprezzamento, mentre i punti di diritto debbono essere decisi *secundum legem*, in quanto l'esercizio della giurisdizione consiste appunto nell'applicare rigorosamente la legge ai fatti liberamente apprezzati. Parrebbe, in base a questo criterio fondamentale, che il diritto romano, dalla nozione di *quaestio iuris* e *quaestio facti* avesse dovuto desumere la antitesi di *error iuris* e di *error facti*, attri-

---

i decreti si producono *ex officio iudicis, mero iudicis officio nobili* (Scaccia, *Tract. de sent. et re iud.* Glossa XIV, quest. 13, n. 43; Maranta, *Spec.* P. III. dist. 16, n. 75) e tutto ciò che « *agitur officio iudicis debet esse fundatum in aequitate et consequenter si... careret aequitate non posset subsistere, tamquam carens principali fundamento* » (Scaccia, l. c.); invece la sentenza definitiva « *fertur non inspecta aequitate principaliter, sed inspecto quodam iuris rigore... unde de eodem iuris rigore debet valere* » (Scaccia, l. c.), « *est magis deliberata et profertur cum maiori solemnitate, quam decretum interponatur* » e quindi « *non ita de facili annullatur ipso iure sicut decretum* » (Giasone, l. c.). Cfr. sull'argomento Wetzell, op. cit., § 51 nota 3 e Pertile, op. cit. VI. parte 2ª § 240.

(62) L. 15 pr. D. *ad Municip.* L. 1; cfr. anche l. 1 § 4 D. *ad S. C. Turpill.* XLVIII. 16; sulle quali v. Vassalli, scritto cit. pagg. 16-20.

buendo a qualunque errore della prima specie effetti più gravi che all'errore della seconda; ossia, per riferire le parole del VASSALLI, « può sembrare che la nullità si riconnetta al vizio rispetto all'elemento di diritto, l'annullabilità al vizio rispetto all'elemento di fatto: che l'errore di diritto induca nullità; l'errore di fatto renda necessario l'appello » (63). Invece il diritto romano non seguì questo criterio che avrebbe portato ad affermare nulle tutte le sentenze contenenti un errore di diritto di qualsiasi genere, e semplicemente appellabili quelle contenenti un errore di fatto (64); sibbene distinse le sentenze viziate da errore in giudizio in sentenze *contra ius constitutionis* e sentenze *contra ius litigatoris*, nella prima categoria facendo rientrare solamente alcune delle sentenze viziate da errore di diritto, mentre nella seconda comprese le sentenze viziate da errore di fatto e quelle viziate da errore di diritto che non rientravano nella prima categoria: e le sentenze *contra ius constitutionis* considerò inesistenti, mentre semplicemente appellabili considerò quelle *contra ius litigatoris*.

L'errore di diritto, per il quale una sentenza si considerava data *contra ius constitutionis*, era soltanto l'errore sulla esistenza o sul contenuto della norma astratta, non l'errore di diritto nel quale il giudice potesse cadere nello stabilire il rapporto tra la norma e la fattispecie concreta. Rientravano dunque tra le sentenze date *contra ius litigatoris* quelle viziate da errore di diritto relativo alla premessa minore, cioè quelle contenenti un errore di sussunzione (65); ma non si può inversamente dire che rientrassero fra le sentenze date *contra ius constitutionis* tutte quelle viziate da errore di diritto relativo alla premessa maggiore, come asserisce il VASSALLI, poiché l'errore di interpretazione di una legge non chiara non era considerato, almeno secondo il comune insegnamento dei moderni studiosi del processo romano (66), come errore *contra ius constitutionis*. Il diritto romano, così, stabiliva la nullità del giudicato per errore di diritto solamente quando risultava che il giudice nella sua sentenza si era rifiutato di osservare la legge, ed aveva negato forza ed autorità obbligatoria ad

---

(63) Scritto cit. pag. 12.

(64) Non esattamente dunque, come osserva il CALDA, scritto cit., pag. 371, l'ENDEMANN (*Das Prinzip der Rechtskraft*, Heidelberg, 1860 § 15 pag. 153) scrive che per il diritto romano la sentenza non passava mai in giudicato per ciò che si riferisce alla questione di diritto.

(65) LINDE, op. cit. II. pag. 428 lettera *b*); WETZELL, op. l. c. pag. 666; BETHMANN-HOLLWEG, op. cit., II (*Formulae*) pag. 607 nota 3, in base alla citata legge 32 D. *de re iud.* XLII. 1.

(66) LINDE, op. cit., II. pag. 429; WETZELL, op. cit., pag. 666, nota 4 in base alla l. 2 C. VII 64 che afferma nulla la sentenza data « *contra* TAM MANIFESTI *iuris formam* », e non quindi quella data contro la norma « *iuris non manifesti* ».

un chiaro precetto stabilito dal diritto oggettivo: non dunque produceva nullità del giudicato la erronea applicazione di legge, derivante dal fatto che il giudice, pur conscio della norma e ad essa obbediente, errava nell'accertarne in concreto i giuridici presupposti; non l'erronea interpretazione del significato di una norma, commessa dal giudice non per negare obbedienza alla norma, ma per meglio precisare la norma stessa nell'intento di fedelmente obbedirla. Nullità della sentenza avevasi solamente quando il giudice si fosse posto in aperta ribellione contro la legge; in questo caso, siccome la pronunzia del giudice trae direttamente la sua efficacia coercitiva dalla legge astratta, della quale la sentenza è concreta specializzazione, la decisione data in aperta violazione della norma oggettiva perdeva ogni vigore; e nel conflitto che si aveva fra il giudice e la legge, questa — la *Constitutio* — interveniva a togliere ogni forza al giudicato, il quale poteva avere esistenza e consistenza solo in quanto gli venisse trasfusa dalla *Constitutio* stessa.

Nell'antitesi che le Fonti romane fanno tra l'*ius litigatoris* e l'*ius constitutionis*, par di vedere in questa seconda locuzione quasi una personificazione della *Constitutio* (67), che si erige dinanzi al giudice a impedirgli di invadere il campo ad essa riserbato: già il diritto romano sembra così divinare con un anticipo di molti secoli l'idea, da cui doveva poi nascere nella moderna età l'istituto della cassazione (68), di un contrasto tra il potere giudiziario ed il potere legislativo e di un intervento di quest'ultimo a distruggere la pronuncia del giudice che si eleva al disopra della legge.

La distinzione delle sentenze in due classi, secondoché esse violassero l'*ius constitutionis* o l'*ius litigatoris*, si basava dunque su un criterio di ordine costituzionale e politico. L'ordinamento pubblico affidava al giudice l'ufficio di accertare i fatti controversi e di applicare le norme di diritto positivo ai fatti accertati: ora, finché il giudice si limitava a commettere errori nell'accertamento del fatto o nell'applicazione della norma al fatto, egli rimaneva nel campo di funzioni a lui demandato, e, se commetteva degli errori, li commetteva nell'am-

---

(67) Il VASSALLI, scritto cit., pag. 10 nota 1 scrive che la espressione *Ius Constitutionis*, è un ἅπαξ λεγόμενον ed una locuzione abbastanza stiracchiata.

(68) Non si creda ch'io con questo voglia neppur lontanamente affermare, come pure qualcuno assai leggermente ha fatto (p. es. GARGIULO, « *Cassazione* » in *Enc. Giur.*, n. 4) che il concetto del ricorso per cassazione sia fattura romana! Anzi il principio romano per cui la sentenza *contra ius constitutionis* si considerava inesistente, esclude *a priori* la necessità di un reclamo volto ad annullarla. Intendo invece dire che l'idea fondamentale per cui nel diritto romano si poneva la inesistenza del giudicato contrario alla legge è la stessa per cui nel diritto francese è sorto originariamente il ricorso per cassazione.

bito del suo potere; ma se il giudice si metteva in aperto contrasto col precetto della legge e nel decidere le controversie dimostrava di seguire massime perfettamente contrarie a quelle del diritto oggettivo vigente, allora eccedeva il potere che l'ordinamento pubblico gli aveva attribuito e non funzionava più come organo giurisdizionale (69). Nel primo caso egli *agiva, sia pure erroneamente, in qualità di giudice*: giudicava male, ma seguitava a giudicare, e quindi le sue pronuncie, quantunque ingiuste, avevano virtù di sentenze; nel secondo caso *egli non agiva in qualità di giudice*, e, per la mancanza di tale qualità, le sue pronuncie venivano a perdere ogni efficienza giuridica (70).

61. — Per ciò che si riferisce all'errore di diritto, la dottrina dell'età intermedia parve restar fedele alle regole poste dalle Fonti romane; ma se con fedeltà essa accolse le singole regole relative agli effetti delle diverse specie di *error iuris*, essa non seppe cogliere il principio generatore di queste regole, che ho cercato sopra di riassumere, e le regole stesse giustificò in base a un principio del tutto diverso, cui accennerò tra poco.

Accogliendo formalmente singole regole poste dal diritto romano, anche la dottrina dell'età intermedia ammise, come si è visto, che nullità di sentenza per errore di diritto potesse aversi soltanto quando il giudice negava la esistenza di una legge chiara (dietro, n. 21 e segg.); negò, sempre secondo il diritto romano, che nullità di sentenza potesse aversi per errore di sussunzione (dietro, n. 29), e ugualmente lo negò per erronea interpretazione di legge oscura (dietro, n. 24). Quest'ultimo punto, anzi, ricevè nel diritto intermedio un singolare sviluppo; e non mi sembra inutile soffermarmi un istante a notare ciò, per mettere in chiaro una fondamentale differenza tra l'errore di diritto, quale lo concepiamo oggi come motivo di ricorso in cassazione, e l'errore di diritto quale lo concepiva la dottrina di allora come motivo di querela di nullità. Giustamente qualche moderno processualista annovera la querela di nullità tra i precedenti del ricorso per cassazione, come quel mezzo che serviva ad impedire al giudice di fare opera di legislatore (71). Senonché lo scopo al quale oggi mira l'istituto della

---

(69) Cfr. REINHART, *Handbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Processes* (Stuttgart, 1823) II. § 335, pag. 234; CALDA, scritto cit. pag. 371.

(70) La dottrina moderna si è molto affaticata per stabilire in modo esatto il principio romano, specialmente in relazione alle vessatissime l. l. 27 e 32 D. *de re iud.* XLII. 1. V. letteratura sull'argomento raccolta da CALDA, scritto citato pag. 370, nota 1, ove specialmente notevoli, perché riassumono gli altri: BARDELEBEN, scritto cit. § 18, pag. 34 e segg.; FRANKE, scritto cit. pag. 400 e segg.; LINDE, op. cit., II § 236; WETZELL, op. cit., § 52 nota, 4.

(71) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1021.

cassazione non è solamente quello di impedire al potere giudiziario di invadere il dominio del potere legislativo: sorta come un organo di nomofilachia, di *controllo del diritto* (72), incaricato di reprimere soltanto la « *contravention exprèsse à la lettre de la loi* » (73), la cassazione è venuta assumendo nello Stato moderno, al disopra della funzione di tutela del diritto oggettivo contro gli attacchi dei giudici, la funzione di unificazione della interpretazione del diritto oggettivo stesso: da un organo posto *al di sopra e all'infuori del potere giudiziario* per sorvegliarlo e impedire ad esso di varcare i limiti ad esso imposti dal pubblico ordinamento, la Corte di cassazione si è trasformata oggidì in *un organo del potere giudiziario* (74), che l'attività propria di questo potere, cioè la interpretazione giurisprudenziale delle leggi, riassume, coordina, unifica.

Orbene, se nella querela di nullità esperimentabile per errore di diritto può scorgersi già il germe del moderno ricorso per cassazione, in ciò che si riferisce allo scopo iniziale ed originario di questo, cioè allo scopo di impedire uno sconfinamento del potere giudiziario nel territorio del potere legislativo, — nella querela di nullità nessuna traccia può trovarsi di quel concetto tutto moderno per cui il ricorso in cassazione serve ad assicurare nello stato la unità dell'interpretazione della legge. Oggidì il supremo canone dell'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, fa sentire la necessità di una interpretazione *uniforme* del diritto quasi più che la necessità di una interpretazione *giusta*: e la ragione per la quale si dà alla Corte di cassazione il potere di annullare una sentenza di un giudice inferiore per errore di diritto, non sta tanto nella presunzione che l'interpretazione data alla legge dalla magistratura suprema sia più corretta di quella data dai giudici inferiori, quanto nel bisogno politico di scegliere tra le varie interpretazioni *una sola*, anche se essa non sia la migliore, e di assicurare a tutti i litiganti un identico trattamento dinanzi alla legge. La querela di nullità, invece, non è mai esperimentabile per falsa interpretazione di legge (dietro, n. 24): essa, dinanzi a più sentenze che

---

(72) V. nitidamente colto questo carattere che distingue la revisione germanica dalla cassazione francese, *non quale oggi è, ma quale era in origine*, da SCHMIDT, *Lehrbuch* cit., pag. 796; e STEIN, *Das private Wissen* cit., pag. 108. Si ricordi che nelle discussioni avvenute dinanzi all'Assemblea Nazionale sulla istituzione del Tribunale di Cassazione, Chabroux propose (26 maggio 1790. V. *Gazette Nationale*, 1790, I. pag. 597) che i membri della Cassazione si chiamassero, invece di giudici, *Inspecteurs de iustice*.

(73) Così l'art. 3 del Decreto 27 nov. 1790 che istituì il Tribunale di Cassazione (Cfr. TARBÉ, *Cour de Cassation*, Paris, 1840, pag. 242, n. 520).

(74) V. ENGELMANN, *Geschichte* cit., Vol. III. *Der romanische-kanonische Prozess*, pag. 194.

diano alla stessa legge un significato diverso, non dà modo di scegliere una tra le diverse interpretazioni e di farla prevalere sulle altre a scopo di uniformità. Manca dunque alla querela di nullità il fine, così importante per la cassazione attuale, di mantenere la uniformità della interpretazione giurisprudenziale delle leggi: *tale scopo è un concetto tutto proprio dello Stato costituzionale moderno.*

62. — Ho detto che la dottrina intermedia accolse dal diritto romano le singole regole relative agli effetti dell'errore di diritto, ma non ne comprese il principio generatore.

In realtà il concetto romano, della *Constitutio* che si pone dinanzi al giudice a impedirgli di varcare i confini del suo potere, non doveva facilmente essere inteso fuori dall'organismo statuale forte ed evoluto, in seno al quale esso era nato: l'idea della legge personificata fino a diventare quasi un ente autonomo e concreto, capace di insorgere a difendersi contro le usurpazioni del potere giudiziario, doveva facilmente perdere ogni significazione trasportata fuori dalla concezione giuridica di Roma in luoghi e in tempi ove il concetto di *Constitutio* non aveva più quel significato di solenne rigore che aveva nell'ordinamento romano. Non si può negare che, quando in Italia risorsero nei Comuni le pubbliche libertà, il concetto romano della nullità delle sentenze date *contra ius constitutionis* fu qua e là riaffermato; e, negli Statuti dei minuscoli organismi comunali, forte e rispettata appare l'autorità della legge e numerose cautele si trovano stabilite per mantenerne la retta osservanza. Non solo quasi tutti gli Statuti recano pene contro i trasgressori delle norme in essi contenute e fulminano la nullità contro tutti gli atti fatti in spreto di queste (75), ma anche in molti ordinamenti repubblicani si trovano stabilite magistrature con funzione di nomofilachia, quali i *syndici* ed i *conservatores legum* e consimili ufficiali, deputati alla sorveglianza della pubblica costituzione; mi limito qui a ricordare i *Conservatori delle leggi* di Venezia, che al dir dell'Argelati, « fanno eseguire tutte le leggi e gli atti, che fossero praticati contrarî alle medesime, vengono qui revocati »; (75 bis) i *Conservatores legum* di Vicenza che « *diligenter et assidue procurare debeant quod dictae leges statuta et ordines serventur et intromittere*

(75) Cfr. dietro la nota 23 del § 2. Aggiungo qui che in molti Comuni la violazione dello statuto era considerata di per sé stessa un crimine e punita con gravi pene. A Ferrara, per esempio, lo St. del 1567 Lib. I. cap. II istituisce « *due capsetae ferratae et infixae adeo ut amoveri non possint* », una nella Cattedrale, l'altra nel palazzo dei XII Sapienti, entro le quali ciascuno poteva deporre denuncie anonime contro i giudici, o in generale contro i cittadini violatori dello Statuto.

(75 bis) *Pratica del Foro Veneto*, Venezia, 1713, pag. 76.

et ad consilia deducere omnia et singula quae facta essent et in futurum fierent contra formam dictarum legum, ordinum et statutorum... » (76); i *Syndacatores* della Repubblica di Genova, il cui « *praecipuum munus erit curare ut leges a Magistratibus caeterisque Iusdicentibus observentur* » (77) e l'*Iudex Duodecim Sapientium Urbis Ferrariae* (78), al quale lo Statuto affidava l'ufficio « *quod sit et esse debeat conservator omnium et singulorum statutorum Urbis Ferrariae, ad ipsumque pertineat cura ut ad unguem observentur* ».

Ma se negli ordinamenti municipali e in qualche legislazione di Stati italiani posteriori (dietro, n. 10) ritroviamo affermato sporadicamente il concetto eminentemente *politico* posto dal diritto romano (dietro, n 60) secondo il quale la funzione giurisdizionale non ha efficacia se non quando si svolga nei limiti della legge (79), questo concetto non fu inteso generalmente dalla dottrina italiana dell'età di mezzo, appunto perché mancava un unico e solido organismo statuale che riaffermasse la supremazia della legge sul potere giudiziario e che restituisse un significato di vitalità attuale alla contrapposizione romana tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris*.

La contrapposizione di queste due espressioni viene accolta dalle leggi canoniche (80) e ripetuta da tutti quanti i giuristi che studiano la teoria dell'*error in iudicando*; ma, in verità, essa vien ripetuta solo per seguire la traccia del diritto romano e non sembra che gli scrittori ne colgano a pieno, o neppur ne intravedano, il significato. Né i Glossatori né i successivi commentatori delle leggi romane tentano neppure, a mia scienza, di precisare che cosa sia mai questo *ius constitutionis*, la cui violazione produce nullità della sentenza (81); solo PAOLO DI

---

(76) Citato St. Vicenza del 1486 Lib. IV. Rub. *De officio et autoritate dominorum conservatorum legum.*

(77) Citato St. Genova Lib. I. c. 3.

(78) Stat. del 1567 citato Lib. I. cap. 1. A Milano gli Stat. del 1396 (*Statuta civilia*, Mediolani, 1480) *Rubrica generalis officii domini exgravatoris* istituivano, con ufficio di nomofilachia, l'*Exgravator*, nel quale alcuno (E. ed A. LATTES, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1894, pag. 200) ha visto un « precursore milanese della corte di cassazione »; l'*Exgravator* fu poi abolito nella riforma del 1498.

(79) Nel già citato Statuto di Genova la violazione della legge viene espressamente considerata come un eccesso del giudice dai limiti della giurisdizione: il c. 17 del Libro I°, già altrove riportato, dispone infatti che « *si quis...* JURISDICTIONEM VEL METAM JURISDICTIONIS... EXCESSERIT... *sententiae, acta et alia facta* EXCEDENDO JURISDICTIONEM VEL METAM JURISDICTIONIS *non valeant...* ».

(80) C. 41 C. II. quest. 6, c. 12. X *de sent. et re iud.* II. 27.

(81) Accenno qui alcuni luoghi fra i molti in cui la contrapposizione tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris* vien riportata puramente e semplicemente senza alcun tentativo di delucidazione: Glossa *Contra leges*] al c. 1, X *de sent. et re*

Castro (82) si sofferma un istante su questo punto, ma lo sfiora appena, senza portarvi notevoli delucidazioni; al significato delle espressioni usate dalle leggi romane dovevano invece cominciare ad avvicinarsi soltanto i giuristi francesi del secolo XVI, quali il Donello (83), Duareno (84) e, sopra tutti, il Cuiacio, il quale, divulgando una locuzione adoprata dagli interpreti greci, chiamò ἄδικος la sentenza data *contra ius litigatoris* e παράνομος quella data *contra ius constitutionis* (85). Né più dei commentatori delle leggi romane il significato delle locuzioni usate dalle Fonti giustinianee fu in Italia indagato e illustrato dai Canonisti: solo nei più recenti scrittori di diritto canonico appartenenti all'età moderna il concetto politico della nullità per errore di diritto torna a farsi sentire e si trova detto che « *si contra ius expresse iudex pronuntiet, functionem iudicis egressus legislatorem se facit* » (86).

---

iud. II. 27; *Glossa Manifestam*] al c. 9 ibid; Glossa *Contra ius*] al c. 41 C. II qu. 6; Duranti, *Speculum* II. part. III. l. c. n. 22; Azone, *Summa* cit. § *Quando provocare*, n. 2; Bartolo, ad l. 2 C. VII, 64; Panormitano, ad c. 13 X *de sent. et re iud.* II. 27, n. 9; Lancellotto, *Institutiones juris canonici* (Venezia, 1870), Vol. II. lib. III. cap. XV § 12; Vanzi, op. loc. cit. n. 118.

(82) Ad l. 19 D. XLIX. 8. n. 2 « *Ratio huius colligitur quia facti quaestio est in potestate iudicis, non autem iuris authoritas. Sed quando continet expressum errorem juris censetur iudex pronuntiasse iure constitutionis, non iure partis...* QUOD NON ERAT IN SUA POTESTATE ».

(83) Ad l. 32. D. XLII. 1, nell'opera citata alla nota 66 del § 3; cfr. ivi anche le osservazioni dell'annotatore Osvaldo, il quale scrive che la sentenza « *ubi contra leges* [lata sit], *non potest rei iudicatae vim habere, cum res iudicata a legibus vires accipiat* ».

(84) *Comm. in tit. de re iudicata* (in *Opera omnia*, Aureliae Allobrogum, 1608) *Praelectiones* 27 (ad l. 27 *h. t.*) e 28 (ad l. 32 *h. t.*) e nel c. 41 delle *Disputationum anniversariarum* Lib. I, citato in nota 37 del § 2.

(85) *Recit. solemnis* ad tit. I Lib. XLII. Dig., l. *Praeses* 27. (In *Opera*, ed. Prato, 1839, Vol. VIII, colonne 275-276). Cfr. anche, per questa locuzione greca la citata annotazione di Osvaldo e Donello. Anche il Fabro (*Rationalia in primam et secundam partem Pandectarum*, Genova, 1619) alla l. 1 § 1 D. *de feriis* II. 12 scrive che « *non potest rei iudicatae vim habere quod contra leges factum est, cum a legibus ipsis res iudicata vires accipiat* »; v. anche ad l. 8. § 17 D. *de trans.* II. 15.

(86) Gonzales-Tellez, op. cit., ad c. 1. X *de sent. et re iud.* II. 27, n. 10, il quale però accenna che esiste l'eccesso di potere anche nel caso di errore di fatto: « *intelligitur esse boni viri, qui nonnunquam arbitrabitur verum esse quod evidenter et manifesto falsum est; siquidem si id faciat iam vir bonus non erit ac* PROINDE NON IUDEX ». Anche il Reiffenstuel, op. cit., Lib. *de sent. et re iud.* § III. nn. 75-76 coglie con chiarezza la differenza tra sentenza *contra ius constitutionis* e sentenza *contra ius litigatoris*; ma poi trova la ragione di tale distinzione nel concetto puramente canonico della presunzione di giustizia che vige a favor della sentenza (v. testo, n. 63).

63. — Perduto così dalla dottrina italiana dell'età intermedia il concetto politico del diritto romano, per il quale l'errore di giudizio dava luogo a inesistenza del giudicato solo in quanto nel commettere tale errore il giudice avesse ecceduto i confini del suo potere giurisdizionale, colpendo per tal modo un interesse di diritto pubblico, gli effetti degli *errores in iudicando* furono stabiliti in base ad un concetto interamente nuovo.

La sentenza passata in giudicato, si disse, « *pro veritate habetur* » e la sua autorità è tanta che essa può fare « *de non ente ens, de falso verum et de albo nigrum* » (87). Ma in realtà l'autorità della cosa giudicata non è che una presunzione: « *sententia transit in rem iudicatam propter praesumptionem, quae praesumptio est quod diligenter iudex exercuerit officium suum* » (88). E se l'autorità della cosa giudicata non è che una presunzione di giustizia, questa autorità deve cessare ogni qual volta la presunzione possa in modo indubbio dimostrarsi infondata; e la sentenza deve ritenersi nulla tutte le volte che l'esistenza di un errore si palesa con tale evidenza da « *offuscare et confundere illam praesumptionem* » (89).

Si noti la profonda diversità di questo concetto da quello romano più sopra enunciato; qui non si fa più questione di *ius constitutionis* e di eccesso di potere, né più si distingue tra il pubblico ed il privato interesse: qui si prende a base della teoria un unico criterio, che è il criterio dell'equità, la quale vieta di dar vigore irretrattabile alla pronuncia del giudice, quando essa porta in sé i segni indubbî della propria ingiustizia. Dinanzi a questo nuovo criterio di equità, appar naturale che non si faccia più alcuna distinzione di effetti tra l'errore di diritto e l'errore di fatto: purché l'errore sia evidente, la presunzione di giustizia della sentenza viene a esser distrutta da esso, così quand'esso riguarda il diritto come quando riguarda il fatto; e sarebbe iniquo ugualmente dar vigore alla sentenza viziata dall'uno o dall'altro errore. Difatti gli scrittori fanno lo stesso ragionamento così per la sentenza viziata da errore di diritto come per quella viziata da errore di fatto: « ... *iura dicunt praesumendum esse pro sententia iudicis* — scrive il PANORMITANO per l'errore di diritto (90) — *nisi exprimatur error iuris,*

---

(87) GIASONE, ad l. 60 D. *de cond. ind.* XII. 6; MARANTA, op. loc. 27, n. 9; PANORMITANO, ivi, n. 6 ed al c. 13 *h. t.* n. 9 in fine; VANZI, cit. n. 29; SCACCIA, *Tract. de re iud.* Glossa 14 quest. 2, n. 7.

(88) PANORMITANO, ad c. 40 *de sent. excomm.* V. 39, 11. Su questo concetto, generalmente accolto dal diritto comune per giustificare l'autorità della cosa giudicata, cfr. COGLIOLO, « *Cosa giudicata* » (in *Enc. Giur.* III. 4ª) n. 7. V. anche FELINO ad c. 1. X *de sent. et re iud.* II. op. loc. c. n. 127.

(89) PANORMITANO, ad c. 1 cit. n. 6.

(90) *Ibidem.*

quia tunc cessat praesumptio quae erat pro iudice »; e, più oltre per l'errore di fatto: « ... *sed ubi constat notorie de iniustitia, cessat praesumptio iustitiae, quia praesumptio cedit notorietati. Nec est praesumptio quod ius in se valde aequum velit approbare notoriam iniustitiam...* » (91).

La distinzione tra errore di diritto ed errore di fatto perde così ogni importanza: il carattere in base al quale gli scrittori cercano invece di studiare gli errori di giudizio e di classificarli in diverse specie, con effetti diversi sulla validità della sentenza, è quello della maggiore o minore *evidenza* dell'errore, della maggiore o minore *facilità* di scoprirlo in modo indubitabile. « *Sententia in dubio praesumitur iusta* » (92): affinché la sua ingiustizia appaia in modo così evidente da distruggere la presunzione, occorre che l'esistenza dell'errore non possa essere posta « *in dubio* ». Ecco così che la dottrina si ferma con gran diligenza a studiare quelli che si potrebbero chiamare i requisiti *esterni* dell'errore: dimentica le differenze intrinseche che esistono tra l'*error iuris* e l'*error facti*, per studiare quelle che passano tra l'*error expressus* e l'*error non expressus*, e l'errore espresso considera causa di nullità anche se non è errore di diritto; e poi, accanto all'*error expressus*, il quale, per essere apertamente riconoscibile nel tenore della stessa sentenza, non può lasciar dubbî sulla ingiustizia del giudicato, la dottrina considera varie altre specie di errori come capaci di distruggere la presunzione che milita a favor della pronuncia del giudice: l'errore contro un fatto notorio, l'errore per discordanza tra la sentenza e gli atti, l'errore desumibile dagli atti, quantunque non espresso nella motivazione.

Gli errori per i quali la dottrina ammette che cessi l'autorità della cosa giudicata son tanto più numerosi quanto più gli scrittori cercano di avvicinarsi all'equità. E il criterio finale al quale la dottrina arriva in questo desiderio di equità, è che la sentenza debba considerarsi nulla ogni qualvolta l'errore di giudizio possa detrarsi in modo indubbio dalla sentenza o dagli atti che la precedono o dal paragone tra questi e quella, *senza che occorra un nuovo esame del rapporto di fatto sottoposto a decisione*: la dottrina esige insomma che l'errore sia tale che chiunque metta gli occhi sulla sentenza o sugli atti di causa, debba, senza aver diretta e specifica notizia dei fatti controversi, accorgersi in modo certo dell'errore (per una applicazione di questo principio ai diversi casi di errore, v. dietro n. 45 e segg.).

Dato questo criterio fondamentale, ben s'intende come il diritto

---

(91) Al c. 40, l. cit.

(92) Questo aforisma trovasi anch'esso nella citata raccolta di Regole attribuita a Socino, a pag. 52, ed ivi autori.

comune, quantunque avesse perduto la coscienza del criterio *politico* adottato dal diritto romano, adottasse peraltro le singole regole che sull'errore di diritto avevan posto le Fonti giustinianee. Queste singole regole, infatti, restavano accettabili anche messe in relazione col nuovo punto di vista, per il quale erano causa di nullità soltanto gli errori che avessero un certo grado di *evidenza*; come il diritto romano non considerava causa di nullità l'errore di interpretazione e l'errore di sussunzione, perché non erano errori *contra ius constitutionis*, così il diritto comune riteneva valido il giudicato viziato da questi errori, perché per essi non sussisteva quel grado di immediata evidenza che sola poteva distruggere la presunzione di giustizia a favore della sentenza: imperocché l'errore di interpretazione non poteva mai essere accertato in modo definitivo, essendo sempre dubbio quale tra varie interpretazioni di una stessa legge fosse la vera; e l'errore di sussunzione poteva richiedere per essere accertato un riesame concreto delle circostanze di fatto, alle quali il giudice aveva attribuito nella sua decisione certi requisiti giuridici.

64. — Ho già accennato che l'origine di questo nuovo concetto, per il quale la capacità dell'errore di giudizio a produrre nullità della sentenza fu ricollegata, non più alla violazione dell'ordine pubblico, ma solo alla evidenza dell'errore stesso, deve ricercarsi nello spirito fondamentale del diritto canonico, che tendeva ad affermare in ogni campo il valore della *equità*. Il diritto romano, almeno quello dell'età meno antica, dava al litigante contro i pericoli degli errori di giudizio la difesa dell'*appellatio*; qualora il litigante non si fosse valso di questa difesa nel termine legittimo, la sentenza passava irrevocabilmente in giudicato con tutti i suoi errori, e quantunque apparisse dipoi in modo evidente che la sentenza era iniqua ed erronea, le ragioni della parte lesa dal giudicato non avevano più alcun mezzo per farsi valere: l'*ius litigatoris* si trovava dinanzi irremissibilmente sbarrata la via.

Ma il diritto canonico, al disopra di questa rigorosa autorità della cosa giudicata, poneva l'efficacia della verità e considerava come immorale il conservare forza obbligatoria a un giudizio che portava in sé stesso i chiari segni della propria erroneità e della propria ingiustizia: se notoriamente la prima sentenza è ingiusta e contraria alla verità, bisogna di nuovo giudicare sull'oggetto già deciso, scrive Innocenzo IV, « *quia veritas valet et invalescit* » (93). Così alla ragione *politica* del diritto romano, il diritto canonico sostituisce una ragione di *moralità*: l'*ius constitutionis* è messo da parte, per dar luogo, mi si permetta la espressione, all'*ius veritatis*. Abbia o non abbia il giudice,

(93) Ad c. 6 X *de frig. et malef.* IV. 15, n. 6.

nel commettere l'errore di giudizio, varcato i limiti del potere giurisdizionale, la suprema giustizia non permette che il litigante sia leso da una pronuncia nella quale è palese l'errore: e la legge che, per il rispetto della cosa giudicata, si inducesse a fare osservare irretrattabilmente una pronuncia contenente un vizio indubitabile, verrebbe essa stessa a macchiarsi della falsità che inquina la pronuncia, e diverrebbe strumento dell'errore ai danni della giustizia e della verità.

Questo nuovo criterio in base al quale la dottrina intermedia stabilì gli effetti dell'errore di giudizio sul pronunciato del giudice, non potè derivare che dal diritto canonico, tanto si accorda col principio etico che sta a fondamento di questo diritto: e, del resto, ho già mostrato nel corso di questo studio come siffatto criterio nuovo si porta appunto dai Canonisti, i quali, cominciando prima ad affermare che nullità si ha anche per errore di fatto nelle sentenze riguardanti le *res spirituales* (dietro, n. 32), passano poi, giovandosi della indeterminatezza delle locuzioni usate dalle Decretali (che parlano in genere di nullità per *error intolerabilis* o per *manifesta iniquitas*) ad estenderlo anche alla teoria generale della sentenza, e inducono i Legisti, che già insegnavano, fedeli al diritto romano, non poter l'errore di fatto dare mai luogo a nullità del giudicato, a trovare nell'esempio romano della sentenza correggibile in caso di *error calculi expressus*, un appiglio per ammettere la nullità di ogni sentenza viziata da errore espresso. In questa trasformazione del principio informatore della nullità per errore di giudizio nessun influsso, evidentemente, è portato dal diritto germanico: la trasformazione è dovuta unicamente alla forza moralizzatrice del diritto canonico, che, anche nel campo giudiziario, tende a far prevalere il concetto etico al concetto strettamente giuridico; ed offre un notevole esempio della efficacia che, anche nell'àmbito del diritto processuale, lo spirito cristiano di equità seppe esercitare sovra un principio romano, basato esclusivamente sopra un punto di vista politico (94).

65. — Così alla regola del diritto romano, per la quale era nulla la sentenza data *contra ius constitutionis*, si sostituisce nel diritto comune la regola che la sentenza è nulla *ex capite notoriae iniustitiae* (95).

---

(94) Cfr. sullo spirito del diritto canonico e sull'influsso che esso esercitò sul diritto romano, SCHUPFER, op. cit., pag. 306 e segg. e bibliografia ivi, nota 38.

(95) Agli autori citati nelle precedenti note, i quali si riferiscono in genere a questa regola, *adde* ALTIMARO, op. cit. Rub. VI quest. 4 n. 44; REIFFENSTUEL, ad Lib. *de re iud.* § IV. nn. 129-130; P. SURDO, *Consiliorum* (Venetiis, 1589) Lib. III, cons. 124, nn. 1-8; DI SANT'ONOFRIO, *Practicarum conclusionum iuris Tomus quintus* (Romae, 1606), Concl. 131 e 132 « *Nullitas differt ab iniustitia et quando secus* » (pag. 966).

Sotto la espressione generale di *notoria iniustitia* (la quale, si badi, non deve essere confusa coll'errore contro il fatto notorio, che è soltanto uno dei casi della *notoria iniustitia*: dietro n. 36; né colla *notoria nullitas*, che è la nullità apparente dagli atti senza necessità di ulteriore indagine: avanti n. 66) si comprendono tutti quei casi di *error in iudicando*, così di diritto come di fatto, la cui esistenza appare in modo indubbio senza necessità di un nuovo esame del rapporto controverso: *notoria iniustitia* si ha in generale, come insegna il MARANTA (96), « *quando sententia est taliter lata quod ex eius tenore perpenditur iniquitas* », « *quando per evidentiam facti apparet de iniquitate sententia* »; essa è essenzialmente la ingiustizia « *omnino patens et non velata, immo talis quod tergiversari non possit* » (97), che, altrimenti, « *si concurrat dubietas facti vel iuris... tunc sententia non dicitur manifeste iniqua* » (98).

In verità, quando si vede posta dagli scrittori la massima che la ingiustizia notoria produce nullità della sentenza, par di cogliere in tale affermazione una contraddizione in termini, in quanto si considerino nullità ed ingiustizia come elementi antitetici ed a vicenda escludentisi. Nel concetto originario e corretto del diritto romano la sentenza nulla è *inesistente*, mentre la sentenza ingiusta è *appellabile*, ma giuridicamente perfetta. Ora ciò che è inesistente non può essere ingiusto, perché quello che non esiste non può essere soggetto di nessun attributo, come, d'altra parte, ciò che è ingiusto non può essere inesistente, perché ciò che può esser soggetto dell'attributo *ingiusto*, deve per logica necessità avere esistenza; e, di conseguenza, non par concepibile, seguendo il concetto romano, l'idea di una sentenza che è nulla perché è ingiusta, cioè che è inesistente perché ha un attributo che ne dimostra la esistenza. Ma, come altrove ho dimostrato (dietro, n. 1), il concetto di nullità accolto dal diritto comune è del tutto diverso da quello del diritto romano: la sentenza nulla, per il diritto comune, è una sentenza esistente, ma annullabile; è una sentenza impugnabile in grado maggiore di quella semplicemente appellabile. Data questa nuova nozione della nullità, si comprende benissimo come possa aversi una sentenza *nulla perché notoriamente ingiusta*: la sentenza semplicemente *ingiusta* è, anche nel diritto comune, impugnabile soltanto nei modi e nei termini dell'appello; ma quando la qualità di ingiustizia aumenta e si acuisce fino al punto di diventare *notoria*, allora aumenta anche il grado di impugnabilità della sentenza, che comincia ad essere impugnabile, oltreché per via di appello, anche

(96) MARANTA, op. loc. cit. nn. 129-141.
(97) P. SUARDO, *Consiliorum* cit. Lib. III cons. 124, nn. 1-8.
(98) ALTIMARO, op. loc. cit. n. 43.

per via di nullità. Così razionalmente si giustifica il principio affermato dagli scrittori secondo il quale « *notoria iniustitia et nullitas fraternizent et aequiparentur* » (99).

66. — Bisogna anche avvertire che il diritto comune italiano non attribuiva gli stessi effetti a tutti quanti i motivi di nullità.

Tra le diverse distinzioni che si facevano dei motivi di nullità, si contrapponevano le *nullitates notoriae* (che si verificavano « *si nullitas resultat ex eisdem actis et processu, ex quo tunc dicitur patens et notoria* ») (100), a quelle che *altiorem indaginem requirunt*, in relazione al carattere di maggiore o minore facilità colla quale l'esistenza della nullità poteva essere provata in giudizio: ed alle *nullitates notoriae* si attribuivano, per ciò che riguarda la validità del giudicato, effetti molto più gravi di quelli attribuiti alle altre nullità. Ogniqualvolta infatti nella prassi statutaria o nella dottrina si trovano degli accenni a distinguere le nullità secondo la gravità loro (i quali costituiscono i precedenti di quella distinzione tra nullità sanabili e nullità insanabili, che doveva avere poi il suo svolgimento ulteriore nel diritto comune tedesco) vediamo che la *nullità notoria* viene annoverata fra le nullità che più profondamente inquinano la validità del giudicato. Così quando alcuni Statuti ammettono che, dopo decorso il termine per proporre la nullità *per viam principalis petitionis*, possano ancora esser fatti valere contro la sentenza *soltanto alcuni motivi* di nullità più grave *per viam exceptionis* (101), tra questi motivi di nullità più grave troviamo espressamente considerata la *nullitas notoria* (102), e

---

(99) Scaccia, *Tract. de iudiciis* cit. lib. II. cap. 3, n. 292; Id., *Tract. de appellationibus* quest. 19, rem. 1 concl. 7, n. 6. È notevole che anche il ricorso in cassazione al *Conseil des parties* francese si ammetteva eccezionalmente ed abusivamente per manifesta ingiustizia (Pothier, *De la procédure* p. III, Sez. III, art. 2°); contro simile abuso, che scomparve colla Rivoluzione, si trovano lagnanze nei *cahiers* mandati dagli elettori agli Stati generali del 1789 (cfr. Seligman, *La justice en France pendant la révolution*, Paris, 1901, pag. 492).

(100) Vanzi, Cap. III. n. 13. Su questa distinzione cfr. Skedl, op. cit., § 33. 1 (pag. 144).

(101) Cfr. su questo punto Skedl, op. cit., § 22.

(102) Cfr. gli Statuti riportati da Skedl a pag. 104 e segg., ai quali possono essere aggiunti molti altri: per es. Stat. di Viterbo citato, *Additio* del 1592 alla Rub. 44 del Lib. II, ammette la *exceptio nullitatis* nelle cause esecutive « *si ex eisdem actis constaret de notoria nullitate et iniustitia* » (pag. 354 del manoscritto); lo St. di Carrara riform. nel 1574 (*Statuta Carrariae*, Carraria, 1574) Lib. II. cap. 36 *de appell.* vieta la eccezione di nullità « *nisi de nullitate dictae sententiae constaret ex actis, ita quod nec altior indago nec nova probatio exigeretur* »; St. Forlì citato Lib. II Rub. 50 *de nullitatibus*, ammette la proposizione di nullità nei casi in cui è vietato l'appello solo se « *incontinenti constet de ipsa nullitate, vel de notoria*

quando la dottrina distingue (103) le nullità *iuris positivi* da quelle *iuris naturalis*, tra queste ultime, le cui conseguenze durano senza termine alcuno, annovera anche la nullità notoria (104).

Orbene, la dottrina non solo afferma, come si è visto, che la *notoria iniustitia* equivale alla nullità, ma insegna anche che essa equivale alla nullità notoria: « *Id quod in proposito dicimus de nullitate notoria* — scrive ALTIMARO (105) — *habet etiam locum in notoria iniustitia, quae nullitati aequipollet* »; così l'errore di giudizio, quando raggiunge quei limiti di evidenza che sopra ho studiati, viene considerato come causa di nullità *iuris naturalis*, di una di quelle nullità, cioè, che potevano esser fatte valere perfino contro la sentenza del principe (106): e in qualche Statuto la *notoria iniustitia* ovvero la *manifesta iniquitas* viene singolarmente indicata tra quei pochi motivi che potevano esser fatti valere contro la sentenza *per viam exceptionis* (107).

Così, ove si ammetta che nella dottrina italiana, quantunque non si avesse la esplicita contrapposizione verbale tra nullità sanabili e nullità insanabili, esistesse già concettualmente questa contrappo-

---

iniustitia, et quando incontinenti constare dicatur nullitas, arbitrio ipsius judicis relinquatur »; Stat. Lucca del 1536 (*Gli Statuti della Città di Lucca nuovamente corretti*, 1516-1538) Lib. V. cap. 1, proibiva la eccezione di nullità « *salvo se della nullità della sententia apparisse per gli atti, in modo che sopra la detta nullità non si ricercasse altra investigazione o nuove probationi* ». Altri Statuti si occupano della nullità notoria solo per proibire che le sia fatto un trattamento diverso dalle altre nullità: così, oltre gli Statuti riportati da SKEDL, loc. cit., lo St. Albenga cit., Rub. *De habendo consilio a sapiente*, §. *Si vero*, stabilisce che la eccezione di nullità è inammissibile « *non obstante etiam si opponetur exceptio evidentis et notoriae nullitatis* »; lo Stat. di Cortona del 1543 (manoscritto in Biblioteca degli Avvocati di Firenze) Lib. II, Rub. 50 vieta la eccezione di nullità « *etiam si nullitas notoria foret et ex actis appareret* » (pag. 196 del manoscritto); Stat. di Brescello del 1569 (*Statutorum Brixilli libri tres*, Parma, 1697) Lib. II. c. 12; Stat. di Siena del 30 decembre 1544 (*Statutorum senensium*, distint. II, manoscritti nella Biblioteca degli Avvocati di Firenze) dist. II. rub. 77 e 78.

(103) SKEDL, op. cit., pag. 145. Anche qualche Statuto prende a base tale distinzione. Per es. lo Statuto di Urbino del 1480 (*Statuta civitatis Urbini*, Pisauri, 1559) Lib. III, Rub. 20 *Quod judex appellationis* etc. stabilisce che « *nulla sententia possit defectu omissae solemnitatis iuris positivi annullari* ».

(104) Anzi ALTIMARO identifica le nullità *iuris naturalis* con quelle *notoriae*. Rub. V, quest. 37, n. 17.

(105) Op. cit., Rub. VII. q. 1. n. 31.

(106) VANZI, Cap. V. nn. 13-19; SCACCIA, *De appellationibus* quest. XIX. Rem. I. Concl. 2 n. 10 e segg.; ALTIMARO, Rub. V. quest. III. nn. 9 e 10; e specialmente Rub. V. quest. 50 n. 31 e segg.

(107) Cfr. Stat. Viterbo e Forlì citati in nota 102 di questo §, cui si può aggiungere lo Stat. di Cesena citato da SKEDL, a pag. 104, op. cit.

sizione (108), si deve riconoscere che la nullità *ex capite notoriae iniustitiae* fu considerata dai nostri giureconsulti come insanabile; in Germania invece, ove nelle legislazioni particolari la teoria delle nullità ebbe ulteriore sviluppo, le nullità insanabili furono, a partire dal *Reichsabschied* del 1654, ridotte ai soli vizî processuali più gravi; e gli errori di giudizio, ivi compreso l'errore *contra ius in thesi*, furono considerati semplici motivi di appello (109).

67. — Non posso esimermi, prima di por termine a questo studio, dal notare che nello stabilire la teoria dell'*error in iudicando*, la dottrina sembra preoccuparsi in alto grado dell'elemento *soggettivo* contenuto nel vizio della sentenza.

L'*error in iudicando*, quale noi lo concepiamo oggidì, si desume da criterî puramente oggettivi, limitati alla sentenza ed al suo contenuto, e perfettamente estranei all'elemento intenzionale che ha spinto il giudice a commettere quell'errore; la sentenza è errata perché non corrisponde alla norma di legge o alla reale esistenza del rapporto sostanziale controverso: in questa non corrispondenza consiste l'errore, ed in proporzione ad essa si misurano gli effetti dell'errore stesso. Invece la dottrina dell'età intermedia, nello stabilire gli effetti dell'errore

---

(108) Cfr. SKEDL, op. cit., pag. 111 « *Hiemit ist auch der Grund gelegt für die in gemeinen Process entwickelte Lehre von den sanablen und insanablen Nullitäten* ». Cfr. LINDE, II § 255.

(109) Così, almeno, secondo la opinione prevalente nella dottrina tedesca, la quale è discorde nel determinare qual trattamento venne fatto all'*error contra ius in thesi* in quelle riforme che la querela di nullità ricevè in Germania in forza della *Kammergerichtsordnung* del 1521, Tit. XXI, § 1, *Kammergerichtsordnung* del 1555, parte III. Tit. XXXIV, § 1 e soprattutto in forza del *Reichsabschied* del 1654 §§ 121-122. Gli autori sono discordi nel decidere se tali riforme abbiano conservato accanto alla *querela nullitatis insanabilis*, anche una *q. nullitatis sanabilis*; e, in base a tale discordia, sostengono alcuni (HEFFTER, *Institutionem des röm. und deutsch. Civilprocesses*. Bonn, 1825, pag. 518) che la nullità per errore *contra ius* fu abolita da tali riforme, e divenne un motivo di appello, non un motivo per esperimentare la *querela nullitatis sanabilis*, riservata alle nullità di procedimento meno gravi; altri, come il LINDE (op. cit., II § 257), ritengono che l'errore *contra ius in thesi* divenne dopo le riforme un motivo di nullità sanabile; altri infine (GESTERDING, *Ausbeute von Nachforschungen*, III) credono che le riforme riguardassero solo le nullità formali e che l'errore *contra ius* seguitasse ad essere anche dopo un motivo di nullità insanabile. Su queste diverse teorie cfr. FRANKE, scritto citato pag. 407 e segg., che le riassume e parteggia per la prima opinione, seguita anche da MITTERMAIER, *Der gemeine deutsche Proz. Beiträge* III. pag. 95 e segg. La dottrina più antica sull'argomento, quasi tutta favorevole alla terza opinione, si trova riassunta anche in BARDELEBEN, scritto cit. §§ 25-31. Cfr. sull'argomento WETZELL, op. cit., § 60 e letteratura in nota; CALDA, scritto citato pag. 372 e letteratura in nota 2; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 897.

di giudizio, par che dia peso all'*animus* che il giudice ha avuto nel commetterlo, quasiché l'errore commesso in buona fede vizî la sentenza in grado minore dell'errore medesimo commesso volontariamente. Accennerò sommariamente ad alcuni punti della teoria in cui questa concezione si affaccia.

Nella Glossa alla l. 32 D. *de re iud.* XLII. 1 viene registrata anche un'opinione secondo la quale la sentenza contenente una violazione di legge anche espressa sarebbe stata valida quando il giudice « *putavit aliam [legem] esse quae diceret contra et illam non valere* ». Simile opinione, per la quale la violazione della legge avrebbe prodotto nullità della sentenza solo quando il giudice, nel commetterla, sapeva di violare la legge, non è approvata dalla Glossa, che la respinge dicendo « *quod non placet* »; ma pur si trova riferita dal TARTAGNI (110) il quale ne spiega chiaramente il significato, aggiungendo che, secondo essa, la nullità per violazione di legge si produce soltanto « *si iudex putabat se contra ius iudicare, alias secus* ».

Il riferimento all'intenzione del giudice riappare anche in quel principio che nega la nullità della sentenza data *contra ius non clarum.* In questo caso il giudice, quand'è sul punto di applicare la legge, si trova dinanzi alla difficoltà di intenderne il significato, di fronte alla quale non si troverebbe se la legge fosse chiara: in considerazione di ciò, siccome l'errore su una norma oscura è più scusabile di quello su una norma di significato aperto, la sentenza del giudice che erra sul diritto oscuro è valida. « *Opiniones excusant iudicem secundum dubiorum acerbitatem et doctorum qualitem. Hinc est quod excusamur ab ignorantia iuris obscuri* » scrive FELINO (111); la maggiore scusabilità dell'errore soggettivo del giudice produce una maggiore validità oggettiva del giudicato.

Ancora: tutte le volte che la sentenza è data contro una legge *extravagans* o contro l'*ius non scriptum*, la sentenza non si considera nulla, perché simili norme di diritto sono tali che possono *probabiliter ignorari* dal giudice (112); anche qui il fatto che la legge non è *in corpore iuris clausa* o non è redatta in iscritto fa sì che l'ignoranza di essa sia una *probabilis ignorantia*, cioè una ignoranza scusabile: e, poiché è scusabile l'ignoranza del giudice, la sentenza si salva dalla nullità.

Da tali osservazioni, tolte da diversi punti della teoria dell'*error in iudicando*, si rileva nella dottrina una certa tendenza a indagare,

---

(110) Ad l. 32 D. XLII. 1, n. 20.
(111) Ad c. 1 X *de sent. et re iud.* II. 27.
(112) FELINO, ivi, n. 11; PANORMITANO, ivi n. 12.

più che l'errore in sé stesso, l'*imputabilità dell'errore* di fronte al giudice: purché il giudice nel giudicare abbia posto in opra tutta la buona intenzione di decidere secondo la legge e secondo giustizia, l'errore commesso da lui senza dolo non produce la nullità della sentenza, la quale deriverebbe così non dalla materiale erroneità del giudicato, ma dal malo animo di colui che ha voluto erroneamente giudicare. Quanto simile concezione si distacchi da quella attuale, non è chi non veda; oggi l'errore di giudizio in relazione ai mezzi di impugnativa produce i suoi effetti in sé e per sé, qualunque sia stata l'intenzione del giudice che vi è incorso: così, per esperimentare il ricorso in cassazione « non si richiede — insegna il CHIOVENDA (113) — un errore *imputabile* al giudice, ma una sentenza attualmente e oggettivamente contraria alla legge ». Tuttavia bisogna notare che, anche nel diritto comune, questa tendenza ad affermare un legame tra la volontarietà dell'errore di giudizio e la nullità del giudicato restò sempre una semplice tendenza senza effetti pratici (114): la quale potè essere derivata dall'influsso del diritto canonico, ognora inclinato a dare efficacia anche nel campo giuridico all'elemento intenzionale, qualora non sia stata piuttosto un resto di istituti processuali germanici, di cui non mancavano traccie nel diritto intermedio specialmente statutario, per i quali l'impugnativa della sentenza era insieme un attacco contro colui che l'aveva pronunciata e l'ingiustizia del giudicato non si poteva distinguere dalla malvagità del giudicante (115).

68. — Eppure, se in quest'ultima tendenza della dottrina e in molti altri principî da essa affermati e da me esaminati nel corso di questo studio, si trovano concetti addirittura inconciliabili colle moderne teorie processuali, bisogna d'altra parte riconoscere che molti principî relativi all'*error in iudicando* posti dagli antichi Dottori conservano oggi tutta la loro efficacia, e che di alcune teoriche svolte in questo tema dalla scienza giuridica moderna si trovano i germi nel diritto comune italiano: basti per tutti citare l'esempio dei principî posti dall'antica dottrina sull'*error causalis*, i quali possono esser accolti senza variazione alcuna nel diritto moderno ed effettivamente si tro-

---

(113) *Principii*, pag. 1025; HELLWIG, *System des deutsch. Zivilprozessrechts* (Leipzig, 1912) I. pag. 855, ivi citato.

(114) Anzi vengono posti dei principî che corrispondono perfettamente al moderno concetto *oggettivo* dell'errore di giudizio; così quando da alcuni autori (dietro n. 36 e nota 138 del § 3) si afferma la nullità di una sentenza per errore *contra notorium superveniens*: in questo caso la nullità non deriva da ignoranza del giudice, che pronunciò la sua sentenza quando il notorio non esisteva, ma dal successivo verificarsi della discordanza tra la sentenza ed il sopravvenuto notorio.

(115) Cfr. GLASSON, op. cit., pag. 448.

vano ripetuti dai processualisti contemporanei, quando studiano i presupposti del nostro ricorso in cassazione o della revisione germanica (116). Un'ultima osservazione devo fare a questo proposito, per mostrare come molte idee svolte in questo tema dai giureconsulti moderni siano già state annunciate dalla dottrina dell'età intermedia. Nei primi decennî del secolo scorso, fra le molteplici trattazioni di cui fu oggetto in Germania anche la teoria della querela di nullità (117), qualche scrittore volle dimostrare a rigore di logica la fallacia di quel principio secondo il quale alcuni degli *errores in iudicando*, specialmente quelli di diritto, venivano considerati come motivi di nullità, mentre gli altri erano considerati soltanto come motivi di appello (118); parimente in Italia, da coloro che combattevano la introduzione del sistema della cassazione, fu detta artificiale la distinzione tra errore di diritto ed errore di fatto, ed irrazionale un mezzo di impugnativa aperto soltanto per gli errori della prima specie (119). Tanto in Italia, quanto in Germania le critiche movevano da uno stesso punto di vista, desunto dal privato interesse dei litiganti, di fronte ai quali tutti quanti gli errori di giudizio portano senza distinzione all'ugual conseguenza dannosa di una sentenza ingiusta; e miravano in base a tale premessa a dimostrare che tutti quanti gli errori di giudizio debbono essere considerati alla stessa stregua di fronte ai mezzi di impugnativa.

Orbene, senza entrare a discutere la fondatezza di questo ragionamento, il quale potrebbe per avventura esser confutato con argomenti desunti da criterî di ordine pubblico, — voglio qui notare che già il PANORMITANO, dopo aver affermato, secondo la teoria comune, gli effetti diversi dell'errore di diritto e di quello di fatto, obiettava a sé stesso che forse tale distinzione poteva parere artificiale, per la stessa ragione che gli scrittori moderni portano in questo senso: perché cioè, ogni sentenza erronea, così nel diritto come nel fatto, è ugualmente lesiva degli interessi della parte e quindi ugualmente contraria

---

(116) Cfr. gli autori citati alla nota 43 del § 4. Il principio enunciato per la prima volta da Innocenzo IV (dietro, n. 55) è passato intatto nel § 563 della C. P. O. dell'Impero germanico, secondo il quale: « *Ergeben die Entscheidungsgründe zwar eine Gesetzesverletzung, stellt die Entscheidung selbst aber aus anderem Gründen sich als richtig dar, so ist die Revision zurückzuweisen* ».

(117) Cfr. autori citati in nota 109 di questo §.

(118) GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses* (2ª ed.) Erlangen, 1804. III. cap. 64 § 10 e segg. Cfr. FRANKE, scritto citato pag. 410 e CALDA, scritto cit. pag. 371.

(119) Cfr. per es. CONZO, *Intorno alla cosa irrevocabilmente giudicata* (Napoli, 1836), pagg. 14-18; CAPONE, *Discorso sulla storia delle leggi patrie* (2ª ed.) Napoli, 1840, vol. II. pag. 173 e segg. Tale critica è stata fatta anche recentemente da tutti i sostenitori della terza istanza.

alla giustizia: « *cum omnis sententia contra ius litigatoris sit contra ius commune, cum ius commune mandet iustam sententiam ferri* » (120).

Le ragioni che il PANORMITANO adduceva poi per confutare tale obiezione, desunte dalla mancanza di un *error expressus* nella sentenza *contra ius litigatoris*, non hanno qui interesse. A me basta in questo come in altri punti della presente trattazione, aver accennato qual tesoro di acume e di genialità si trovi diffuso, anche sulla teoria dell'*error in iudicando*, negli scritti dei nostri antichi Dottori; e come essi, pur senza perdere mai di vista il *casus* concreto (si è veduto nel corso di questo studio come all'enunciazione del principio essi accompagnino sempre la lucida esemplificazione pratica), abbiano iniziato anche nel campo giudiziario la ricerca, senza la quale non può esistere vera scienza giuridica, del principio generale ed astratto, dell'intima ragione filosofica, che giustifica l'esteriore regola processuale: maestri e precursori anche in questo della moderna dottrina processuale tedesca, che oggi a sua volta, ma sempre per merito loro, è maestra a noi.

(120) Ad c. 13. X *de sent. et re iud.* II. 27. n. 9.

III

VIZI DELLA SENTENZA E MEZZI DI GRAVAME (*)

SOMMARIO

§ 1. — POSIZIONE DEL TEMA.

1. Relazione tra i vizî della sentenza e i mezzi di gravame. — 2. È una relazione necessaria? Metodo della presente indagine.

§ 2. — I VIZÎ DELLA SENTENZA INDIPENDENTEMENTE DAL MEZZO DI GRAVAME.

3. Ipotesi di un sistema processuale privo di mezzi di gravame: quali effetti potrebbero avere in tale sistema i vizî della sentenza sulla sua validità. — 4. Vizî di attività e vizî di giudizio. — 5. A) Vizî di attività: *a*) Inesistenza della sentenza: azione di accertamento. — 6. *b*) Annullabilità della sentenza: azione costitutiva. — 7. *c*) Revocabilità della sentenza: azione costitutiva. — 8. B) Vizî di giudizio: *a*) Ingiustizia: nessun effetto sulla validità del giudicato. — 9. *b*) Nullità della sentenza: azione di accertamento. — 10. Riepilogo dei diversi casi.

§ 3. — NOZIONE DI MEZZO DI GRAVAME.

11. Origine e definizione del mezzo di gravame. — 12. Condizione della sentenza soggetta a gravame: teoria del MORTARA e del KOHLER, e teoria del CHIOVENDA. — 13. Confutazione dell'HELLWIG che concepisce il mezzo di gravame come un'azione di impugnativa: differenze che passano tra il mezzo di gravame e l'azione di impugnativa: *a*) Il primo compete contro qualunque sentenza, la seconda solo contro la sentenza viziata; *b*) il primo mira a impedire il formarsi di una sentenza; la seconda a variare una sentenza già formata; *c*) il cosidetto effetto sospensivo del gravame; *d*) differenza dell'oggetto del giudizio cui danno luogo il mezzo di gravame e l'azione di impugnativa; *e*) il mezzo di gravame dà luogo a un nuovo stadio dello stesso processo.

§ 4. — RELAZIONE CHE PASSA TRA I VIZÎ DELLA SENTENZA E IL MEZZO DI GRAVAME.

14. Influssi del mezzo di gravame sul modo di far valere i vizî della sentenza. — 15. *a*) Vizio fatto valere per via di gravame. — 16. *b*) Azioni di impugnativa con forme di gravame: i mezzi straordinarî per impugnare le sentenze. — 17. Significato del termine nei mezzi di gravame: può essere esteso anche a limitare le vere azioni contro la sentenza? — 18. Si risponde affermativamente per le azioni costitutive. — 19. Id. negativamente per le azioni di accertamento negativo. — 20. Riepilogo.

(*) [Pubblicato in edizione fuori commercio, a Firenze, nel febbraio del 1915, presso lo Stabilimento tipografico del « Nuovo Giornale »; ristampato in *Studi*, I, pagg. 167-212; tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el Proceso Civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pagg. 421-464]. [*Bibliografia*, nn. 37, 298].

§ 5. — Conclusioni.

21. La preclusione delle impugnative non sana né la inesistenza né la nullità del giudicato. — 22. Riprove storiche. — 23. Conclusione.

§ 1. — Posizione del tema.

1. — Nel dibattito ancora vivo tra i processualisti sulla esistenza di nullità assolute del giudicato nel nostro processo (la letteratura già copiosa sul tema (1) si è arricchita anche recentemente degli scritti polemici tra il Wach e il Fischer (2) e di una vivace trattazione del Kohler) (3) l'argomento capitale portato dai sostenitori della opinione negativa è quello desunto dal sistema dei mezzi che le moderne leggi processuali concedono per attaccare la sentenza colpita da qualsiasi difetto: poiché l'ordinamento positivo garantisce ai litiganti più di una istanza, e ammette d'altra parte, per i vizî più gravi, speciali rimedî, questi autori opinano che, una volta esaurite le istanze attraverso le quali la controversia può essere ripetutamente esaminata, una volta decorsi i termini per esperimentare i rimedî ordinarî e straordinarî, ogni reclamo contro i vizî della sentenza deve essere irremissibilmente vietato, e le manchevolezze del giudicato debbono considerarsi sanate. Questo concetto, che il Bülow (4) ha accolto in generale

---

(1) In Italia si hanno due monografie, quella del Calda, *Le nullità assolute della sentenza civile* (*Archiv. giur.* 1908, 361) e quella del Lessona, *Nullità e inesistenza della sentenza* (*Foro Italiano*, 1911, pag. 10 e segg.); fra i trattatisti, l'unico che tratta a fondo l'argomento è il Chiovenda, *Principii*, 3ª ed., § 76. Alla bibliografia tedesca citata dal Calda nella nota 1 della sua monografia (abbastanza ricca, ma non sempre esatta: ad esempio lo scritto in *Gerischtssaal*, 1908 è del Baligand, non del Balignam), si possono aggiungere Schoetensack, Recensione in *Gerichtssaal* LXVIII, pag. 464 sullo scritto di Löffler, *Unheilbare Nichtigkeit des österreichischen Strafverfahren*; Kroschel, *Die sogennante absolute Nichtigkeit der Strafurtheile*, in *Gerichtssaal* LXIX, 137; Jellinek, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen* (Tübingen, 1908) *Anhang*, pag. 119 e segg. (bibliografia ivi, pagg. 119-120); Kriegsmann, *Die Nichtigkeit des Strafurtheils*, in *Festgabe für Hänel* (Kiel und Leipzig, 1907) pag. 433 e segg.; e posteriori al tempo in cui il Calda scrisse, oltre i citati nelle note seguenti: Schmidt, *Lehrbuch*, 2ª ed. 1910, §§ 105-107; Kohler, *Zivilprozessrecht* in *Enzykl.* (7ª ed., 1913) §§ 70-73; Hellwig, *System* I, (1912) § 174.

(2) Wach, *Urteilsnichtigkeit* in *Rhein. Zeits. für Zivil-und Prozessrecht* III, pag. 373 (Luglio 1911); *Nochmals die Urteilsnichtigkeit*, ib. V. 509 (Luglio 1912); *Nachlese zur Urteilsnichtigkeit*, ib. IV 257 (Aprile 1914); Fischer, *Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund*, due scritti successivi collo stesso titolo, il primo München 1912, il secondo (*Zweiter Beitrag*) München, 1913. Bibliografia sull'argomento ivi.

(3) *Prozess und Nichtprozess*, Estratto da *Der Rechtsgang* II. Bd., *Heft* 1914.

(4) *Civilprozessualische Fiktionen und Warheiten* in *Archiv. für die civ. Praxis* LXII, pag. 75 e segg.: « tutto il diritto processuale civile è basato sui concetti di

come un principio fondamentale del nostro processo nel quale ogni diritto di reclamo si perde per la inattività dell'interessato, è stato in particolare tenuto presente da tutti coloro che negano la possibilità di nullità assolute della sentenza nel diritto moderno: così per citare due esempî, da noi il LESSONA, nel suo scritto sulla *Nullità e inesistenza di sentenza* (5) risolve le diverse questioni concrete in base al concetto che, quando contro una sentenza è ammesso un mezzo di gravame, il vizio che poteva esser rilevato per questo mezzo, debba ritenersi sanato collo spirare del termine di impugnativa; e in Germania il KROSCHEL (6), premette che qualsiasi motivo di nullità, anche il più grave, rientra per forza in quel concetto di *Gesetzesverletzung* per cui l'ordinamento tedesco ammette, dentro un certo termine, il rimedio della revisione (§ 549 *C. P. O.*; § 376 *St. P. O.*). Ogni motivo di nullità (tolti quelli che danno luogo, ma sempre entro un termine, alla *Nichtigkeitsklage* del § 579 *C. P. O.*) dev'esser fatto valere nel termine concesso per la revisione stessa: « Le norme sulla revisione non danno luogo soltanto a un diritto di gravame, ma anche a un *obbligo di gravame*. La legge non può nello stesso istante dire: il vizio deve essere fatto valere in una forma e dentro un termine stabiliti, ma può anche esser fatto valere nella forma e nel termine che più facciano comodo » (7).

2. — Il principio che nel processo moderno il concetto di nullità è stato sostituito da quello di impugnabilità del giudicato, non potrebbe esser negato come principio generale: infatti gran parte di

---

diritto di opposizione e diritto di impugnativa. Non vi ha alcuna nullità processuale nel senso del diritto privato. Ciò che per antica abitudine si chiama nullità processuale, è, se meglio si esamina, solo impugnabilità; infatti la decadenza dal diritto di gravarsi contro questo motivo di nullità, chiude e in un termine assai breve, ogni possibilità di riportare in discussione la « sentenza nulla »; ogni « sentenza nulla » si convalida in conseguenza della inattività dell'interessato ».

(5) *Foro Italiano*, 1911, pag. 10 e segg.. Anche il CALDA nel suo scritto torna più volte sul concetto che di nullità assoluta si può parlare solo quando la legge non disciplini rimedî per farla valere. Cfr. scritto cit. pagg. 379, 386 ecc.

(6) *Die sogennante absolute Nichtigkeit der Strafurtheile* in *Gerichtssaal* LXIX, pag. 143.

(7) FRIEDLAENDER, *Die Lehre von der absoluten Nichtigkeit strafgericlicher Urtheile*, in *Gerichtssaal* LVIII, 399, pur ammettendo la esistenza di nullità assolute, pone il principio (pag. 344) che « un vizio che può esser fatto valere con un mezzo di impugnativa ordinario o straordinario, non produce mai nullità assoluta ». Cfr. analogamente LÖFFLER, *Unheilbare Nichtigkeit in österr. Strafverfahren*, Wien, 1904; contro BALIGAND, scritto cit. specialmente pagg. 176-178, il quale scrive che le disposizioni positive sui mezzi di gravame hanno bisogno di essere interpretate per vedere quali casi possono comprendere e quali debbono esserne esclusi (pag. 178).

quelle mancanze che nel diritto romano producevano la inesistenza del giudicato sono oggi sanate definitivamente colla preclusione dei mezzi appositamente costruiti dalle leggi processuali per attaccar le sentenze. Quella essenziale variazione del concetto romano di nullità sotto l'influsso germanico, che lo SKEDL ha con tanta precisione còlto nel nostro diritto statutario (8) nel momento in cui sorse la *querela nullitatis*, fa potentemente sentire anche nel processo moderno la sua efficacia: tanto più poi per quello che si riferisce agli ordinamenti positivi, derivati, come il nostro, dal processo francese, nel quale, (mentre nel diritto intermedio italiano e specialmente tedesco la tradizione romana non cedè mai il campo e valse a far sorgere la nozione di una *nullitas insanabilis*) si affermò recisamente la regola che « *nullités de plein droit n'ont pas lieu en France* » e si insegnò concordemente che tutte le nullità devono, a pena di decadenza, esser fatte valere per via di gravame (9).

Pur tuttavia il riconoscere questa generale tendenza degli ordinamenti moderni a trasformare, nell'interesse della stabilità del giudicato, i motivi di nullità in motivi di impugnabilità, non ci porta a concludere che questa tendenza abbia sempre potuto raggiungere il suo scopo. Se non si può non riconoscere (10) che « nel nostro sistema... le nullità sono in genere sanabili, nel senso che il decorso dei termini per l'impugnativa preclude il diritto di impugnare la sentenza per nullità », si deve d'altra parte ammettere che questo generale principio di sanabilità non può varcare i limiti della possibilità giuridica e che non si possono annettere alla preclusione dei mezzi di impugnativa effetti più estesi di quelli che la natura di questa preclusione e di questi mezzi comporta.

Il punto fondamentale della questione è appunto questo: se tra i vizî della sentenza e il mezzo di gravame passi tale un vincolo di perfetta connessione, una tale immancabile corrispondenza, che, venuto a precludersi il mezzo di gravame, debbano insieme cessar di esistere i vizî del giudicato. Il problema potrà naturalmente esser risolto solamente quando si sia messo sufficientemente in luce da una

---

(8) *Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, Leipzig, 1886 e *Die Urtheilsnichtigkeit in österreichischen Prozessrecht*, in *Grünhut's Zeits.* XIV (1887) specialmente pagg. 81-82. Cfr. lo scritto precedente di questo Volume, n. 1. Si avverta peraltro che in studî recentissimi sulla storia del diritto germanico, si nega la esistenza del principio posto dallo SKEDL della « validità formale della sentenza ». Cfr. SEELMANN, *Der Rechtszug in älteren deuts. Recht.* (Breslau, 1911), § 65.

(9) Cfr. LESSONA scritto citato n. 1 e gli autori citati oltre, alla nota del n. 22.

(10) CHIOVENDA, *Principii*, 3ª ed., pag. 898.

parte l'effetto intrinseco che sulla validità di una sentenza, in sé e per sé considerata, possano avere i suoi vizî, dall'altra la natura propria del mezzo di gravame. Ritenere inseparabili queste due indagini e voler dedurre ad ogni costo dalla mancanza di mezzi di impugnativa la mancanza di difetti della sentenza, costituisce una petizione di principio (11), ed uno scambio tra la nozione di cosa giudicata in senso formale (preclusione delle impugnative) colla nozione di cosa giudicata in senso sostanziale (forza di impedire ogni ulteriore diverso giudizio sul punto deciso) (12).

Il problema infatti può esser posto anche così: se il passaggio in cosa giudicata formale, cioè la preclusione dei mezzi di impugnativa, porti sempre con sé la cosa giudicata in senso proprio, cioè la forza obbligatoria della sentenza di fronte ad ogni possibile controversia futura sullo stesso punto deciso. Risolvere in senso negativo il problema così posto è scopo del presente studio, il quale peraltro non potrà giungere alla soluzione se non attraverso ad una preliminare ricerca sui difetti che possono viziare il giudicato e sulla natura del mezzo di gravame.

§ 2. — I VIZÎ DELLA SENTENZA INDIPENDENTEMENTE DAL MEZZO DI GRAVAME.

3. — Si può immaginare, senza violare alcun canone fondamentale del processo, un ordinamento in cui contro la sentenza regolarmente pronunciata dal giudice nel primo grado di giurisdizione non sia dato alcun ricorso ad una ulteriore istanza: infatti il diritto romano dell'età classica, quando la gerarchia burocratica dell'impero non aveva ancora reso possibile un sistema di gradi culminante nel sovrano, sta a dimostrare sperimentalmente la pratica possibilità di un sistema processuale a cui sia estraneo il principio della pluralità delle istanze, in modo che la sentenza di primo grado crei senz'altro la cosa giudicata formale.

Per allontanare ogni pericolo di confusione, difficilmente evitabile nel nostro ordinamento, tra vizio della sentenza e mezzo di gravame contro di essa, bisogna appunto prendere a base della indagine un ipotetico ordinamento processuale, cui sia sconosciuta la nozione della pluralità delle istanze e quella corrispondente di mezzo di gravame: soppressa questa nozione che oggi trae seco una quantità di compli-

---

(11) Insegna il CHIOVENDA (*Principii*, pag. 898) che « i motivi di nullità o di inesistenza non si trovano in alcun necessario rapporto colla impugnabilità della sentenza »; che (ivi pag. 490) « la soluzione di questo problema si deve desumere dalla natura del vizio, e non dalla mancanza di impugnativa ».

(12) WACH, *Urteilsnichtigkeit*, pagg. 393-394.

cazioni, dovremo domandarci se vi siano difetti per i quali la validità della sentenza, in sé e per sé considerata, resti distrutta o menomata, e, nel caso affermativo, quali azioni, secondo le regole generali del diritto, potrebbero competere alle parti, per difendersi dalla sentenza viziata da tali difetti.

Quando avremo risposto a queste domande e risolto questi problemi nella supposizione che non esista nel processo l'istituto speciale del mezzo di gravame, toglieremo dalle nostre ricerche la limitazione che ci eravamo imposta, e, mettendo a paragone la nozione di mezzo di gravame coi risultati ai quali saremo giunti nelle precedenti indagini, potremo renderci conto delle modificazioni che questa nuova nozione porta sui resultati ottenuti e stabilire se e fino a qual punto essi possono, nonostante il sopravvenire del nuovo concetto, essere considerati come verità acquisita.

I vizî di una sentenza, in sé e per sé considerata, possono essere tra loro diversissimi per qualità e per natura (13): né voglio io qui, come già fu fatto, classificarli in un quadro che tutti li abbracci, e studiare singolarmente la concreta figurazione che ognuno di essi può assumere nel diritto positivo. Per i fini di questo studio mi basta aver di mira soltanto alcuni *tipi* generalissimi di vizî del giudicato, distinti secondo il vario effetto che ciascun tipo può esercitare sulla validità del giudicato stesso: questa indagine non vuole raggiungere resultati immediati di diritto positivo, ma rappresentare in modo chiaro alcuni concetti fondamentali astratti, che serviranno poi alla risoluzione delle questioni concrete. Chi attende agli studî giuridici sa con quanta urgenza, sulla soglia di ogni questione pratica, si presenti la necessità di determinare con precisione, magari con sottigliezza, gli elementi concettuali che devono servire alla ulteriore ricerca: di affilare, a dir così, gli strumenti che dovranno adoprarsi nel successivo ragionamento. Questo, come altri miei studî (14), risponde infatti a una mia necessità di metodo: la necessità di avere ben chiare le idee elementari sistematiche senza le quali non si può con coscienza affrontare la risoluzione dei problemi di diritto positivo.

---

(13) Sui vizî del rapporto processuale e del procedimento prima della sentenza, si veda CHIOVENDA, *Principii*, § 41 bis; SCHMIDT, *Lehrbuch*, 2ª ed., §§ 105-107. HELLWIG, *Lehrbuch*, I, § 68; una classificazione molto ingegnosa dei difetti che possono viziare un giudicato si trova fatta in relazione al processo penale ma in gran parte estendibile al processo civile, da BELING, *Revision wegen « Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren » im Strafprozess*, in *Festschrift für* BINDING, II. Bd. (Leipzig, 1911) pag. 101 e segg.

(14) Cfr. *La genesi logica della sentenza civile.*

4. — Tra le diverse classificazioni che possono farsi dei vizî della sentenza in base ai più svariati criterî, ha per me particolare importanza quella tra difetti *di attività* (*errores in procedendo*) e difetti *di giudizio* (*errores in judicando*) (15): i primi, che potrebbero dirsi anche difetti « di costruzione » (16), consistono in mancanza o irregolarità di alcuno di quegli atti esterni dei quali il processo si compone da quando si inizia a quando si esaurisce nella sentenza (e possono quindi essere: difetti, originarî o sopravvenuti in corso di lite, dei presupposti processuali; difetti del procedimento; difetti nelle forme di sentenza (17)), i secondi, invece, derivano da deviazioni di quel lavoro logico che il giudice deve compiere nel suo pensiero per giungere a formulare la sua decisione: si tratta dunque di manchevolezze intellettuali che si verificano nella mente del giudice senza avere esistenza esteriore nello spazio. La prima categoria di difetti non ha, astrattamente parlando, natura diversa dai difetti che possono prodursi in un negozio di diritto privato: in questo, infatti, non si hanno difetti se non in quanto si sia prodotta una attività contraria ad un precetto di legge o la omissione di una attività richiesta dalla legge per raggiungere un certo effetto giuridico, e lo stesso vizio di giudizio, se cade in considerazione (p. es. l'errore sulla sostanza del contratto), vi cade solamente in quanto è, prima di tutto, un difetto di attività. Per quello che riguarda il processo, invece, l'errore di giudizio commesso dal giudice acquista un significato tutto speciale, poiché esso viene a inquinare la operazione logica destinata a determinare qual'è nel caso controverso la concreta volontà della legge; in altre parole non si ha qui una attività contraria al precetto della legge, ma un'attività per la quale si viene ad attribuire alla legge una volontà concreta diversa da quella ch'essa ha realmente. Da questa importanza tutta speciale che l'errore di giudizio commesso dal giudice riveste in virtù della caratteristica destinazione della funzione giurisdizionale, deriva inevitabile una conseguenza: che, mentre per misurare gli effetti di un vizio di attività prodottosi nel processo, si potrà, colle dovute cautele, ricorrere alla analogia del negozio privato (come mi propongo di fare nelle seguenti pagine), gli effetti che l'errore di giudizio commesso dal giudice può esercitare sulla validità della sentenza, dovranno essere

---

(15) Su questa distinzione, CHIOVENDA, *Principii*, pagg. 1023 e 1030.

(16) KOHLER, *Prozess und Nichtprozess*, cit. pag. 125, parla di una « *konstruktiver Nichtigkeit* ».

(17) Allo scopo di questo studio posso riunire qui sotto la generica qualifica di vizî di attività difetti del processo che, singolarmente considerati, hanno natura ed effetti profondamente diversi: cfr. per la distinzione fra le nullità del rapporto processuale e quelle del procedimento, CHIOVENDA, *Principii*, § 41, n. IV.

determinati con criterî desunti dalla natura tutta propria dell'ufficio giurisdizionale (18).

5. — A) Cominciamo dai difetti di attività, i quali, come si è avvertito, possono essere esaminati con criterî in parte tratti dal diritto privato.

a) Poiché la sentenza è lo scopo ed insieme il risultato di quella successione di attività che formano il processo, esteriore costruzione attraverso la quale deve manifestarsi l'intimo ragionamento del giudice, è lecito pensare che la mancanza o la irregolarità di questi singoli atti preordinati ad uno stesso fine, al quale tutti contribuiscono, abbia il suo contraccolpo sulla validità del giudicato, allo stesso modo che dalla irregolarità degli atti per mezzo dei quali i privati vogliono raggiungere un certo effetto giuridico può derivare la diminuzione o addirittura la distruzione dell'effetto giuridico sperato. Senonché noi vediamo che non a tutti gli atti, che in realtà concorrono a dar vita ad un negozio giuridico, la legge attribuisce la stessa importanza, poiché soltanto alcuni di questi atti considera come assolutamente necessarî alla esistenza del negozio stesso, mentre la mancanza degli altri atti accessorî non impedisce che il negozio, pure essendo viziato, acquisti vita giuridica: tra i diversi elementi che contribuiscono a formare il negozio giuridico, alcuni assurgono così alla importanza di elementi *costitutivi*, la cui mancanza produce, non la difettosità, ma addirittura la inesistenza del negozio stesso.

Se dunque, quando pensiamo in astratto a un determinato negozio giuridico, per esempio alla *vendita*, attraverso questa parola riassuntiva ci rappresentiamo nella mente gli elementi costitutivi di questo concetto, ossia i suoi estremi giuridici, allo stesso modo si potrà dire che quando la legge parla di *sentenza* intende indicare con questa unica

---

(18) Il BELING, scritto citato pag. 129 e segg., respinge come inesatta la distinzione tra « *error in judicando* » ed « *error in procedendo* », in quanto il giudice, anche quando commette un errore nel contenuto della sua decisione non viola direttamente la norma sostanziale che avrebbe dovuto applicare nel decidere, ma solo la norma processuale che gli impone di giudicare in conformità del diritto vigente; di conseguenza tutti quanti gli errori del giudice anche quelli di giudizio, sarebbero *errores in procedendo* (cfr. BINDING, *Normen*, 2ª ed., pag. 15 e segg.). Eppure la distinzione tradizionale tra *errores in judicando* ed *errores in procedendo* conserva, nonostante questa critica, tutto il suo valore: infatti, mentre nel secondo caso il risultato dell'errore si esaurisce nella non coincidenza dell'attività del giudice colla norma processuale, nel primo la non coincidenza dell'attività del giudice colla norma processuale produce in più una non coincidenza della sentenza colla norma sostanziale, nel che appunto sta la caratteristica dell'*error in judicando*.

parola una riunione di diversi elementi concettuali, mancando alcuno dei quali non esisterebbe il concetto di sentenza: nella serie degli elementi preordinati alla formazione della sentenza, talmente necessaria è la presenza di alcuni, che, ov'essi manchino, neppure esiste sentenza. Come la concezione intellettuale di un oggetto deriva dal rappresentarsi contemporaneamente nel pensiero la sintesi dei suoi caratteri costitutivi, sopprimendo alcuno dei quali la concezione primitiva scompare, così la legge processuale, quando parla di sentenza, si riferisce in sintesi con questa parola a un *minimum* di elementi essenziali, senza i quali la stessa parola non potrebbe più essere adoprata: questi elementi essenziali sono le condizioni di esistenza processuale della sentenza, i suoi *elementi concettuali* (19), i *caratteri costitutivi del concetto di sentenza* (20).

Una enumerazione di questi elementi, necessarî affinché la sentenza abbia vita come costruzione processuale esteriore, indipendentemente dal suo contenuto (21), non si può fare in modo generale ed astratto: è questione di diritto positivo, che si risolve in modo diverso secondo le legislazioni (22).

Basti qui avere affermata la possibilità di casi nei quali uno stato di fatto, che ha la apparenza di sentenza, non può dirsi sentenza nel senso giuridico, poiché per un difetto di attività nel processo che lo precede è venuto meno qualche elemento costitutivo, senza il quale una sentenza non può giuridicamente cominciare ad esistere. In questa ipotesi dunque, lo stato di fatto può costituire una sentenza apparente, ma questa non ha effetti di diritto, neppur limitati al processo di cui è il risultato: si deve in questo caso parlare di vera e propria *inesi-*

---

(19) Così li chiama il CALDA, scritto citato Cap. I.

(20) « *Begriffsmerkmale* » secondo BALIGAND, scritto citato, pag. 180. Il KROSCHEL, scritto citato pag. 163, crede che il ricercare quali siano i caratteri costitutivi della sentenza sia fatica inutile, poiché uno solo ne esiste, ed è la presenza di un organo giurisdizionale. In un senso un po' diverso il BELING, scritto citato, pag. 106 e segg. parla di *Urteilsvoraussetzungen*.

(21) Seguo quanto scrive il BALIGAND, op. cit., pag. 182, secondo il quale gli elementi costitutivi del concetto di sentenza si devono ricercare non nel contenuto (in base al quale si dovrà poi esaminare se la sentenza formalmente esistente ha capacità di obbligare) ma nei suoi requisiti esteriori, formali. Diverso concetto segue il CALDA, il quale, nel citato scritto (pag. 362), crede giuridicamente inesistente la sentenza il cui contenuto non contiene una norma concreta di relazioni giuridiche. Secondo me, invece questo è il caso tipico di sentenza esistente, ma nulla.

(22) LESSONA scritto cit. § X, insegna giustamente che la questione della nullità delle sentenze « sotto il punto di vista pratico non si può trattare che di fronte ad un determinato diritto positivo ». Cfr. anche BALIGAND, scritto cit. pag. 185.

stenza del giudicato, non di *nullità* e tanto meno di *annullabilità*; e quello stato di fatto che può presentarsi come una sentenza, è una sentenza giuridicamente inesistente (i processualisti tedeschi dicono che è una non-sentenza, *Nichturteil*) (23).

Questo stato di fatto che può esteriormente sembrare, ma che giuridicamente non è una sentenza, non può avere, naturalmente, gli effetti di una sentenza vera. E, ad evitare che qualcuno tenti di trarre a proprio vantaggio da questa « vanità che par persona » gli effetti che ne deriverebbero se avesse esistenza giuridica, l'interessato non cercherà punto di far modificare una situazione giuridica positiva, poiché essa non esiste, ma si adoprerà invece a far riconoscere e mantenere la situazione giuridica negativa che sola è esistente. Non si tratterà dunque di far annullare ciò che non è mai nato, ma di far accertare la inesistenza di ciò che non ha mai potuto nascere nel mondo del diritto: al quale scopo, come di fronte ai negozî giuridici inesistenti, soccorrerà l'azione di mero accertamento negativo (24).

6. — *b*) Si è visto però che non tutte le attività di cui il processo si compone, assumono di fronte alla sentenza il carattere di elementi costitutivi: talché, quando il difetto di attività non è tra quelli che producono la assoluta inesistenza processuale della sentenza, questa nasce ed ha vita nel mondo giuridico: resta però il fatto che essa è basata sopra una costruzione imperfetta e si può quindi pensare che essa, per tale imperfezione intervenuta nelle sue basi, debba avere una solidità giuridica minore di quella che le deriverebbe da un processo non difettoso. Nella realtà dei diritti positivi noi vediamo che il processo tende a correggere in sé stesso i proprî vizî, a esercitare su sé stesso una specie di auto-controllo (25); onde, poiché nelle legislazioni moderne gran parte dei vizî del processo si sanano colla

---

(23) Sulla sentenza inesistente (*Nichturteil*) diversa dalla sentenza nulla (*nichtiges Urteil*), cfr. WACH, *Urteilsnichtigkeit*, V (pag. 395 e segg.). HELLWIG, *System* I, § 174, secondo il quale si può parlare di sentenza inesistente « quando manca lo stato di fatto che la legge presuppone, quando parla di una sentenza » (pag. 554); BALIGAND, scritto cit. § 2. Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 898. Altri autori, invece comprendono ambedue i casi sotto la denominazione di nullità: cfr. per es. FRIEDLAENDER, *Die Lehre von der absolute Nichtigkeit strafgerichtlicher Urtheile* in *Gerichtssaal*, LVIII, pag. 341; KOHLER, *Zivilproz.* § 70.

(24) WACH, *Urteilsnichtigkeit*, pag. 401. Così per i negozî giuridici inesistenti: v. CHIOVENDA, *Principii*, pagg. 193-194, HELLWIG, *System* I. § 175: « l'annullamento di una decisione giudiziaria può importare, allorché questa *era* nulla, soltanto un accertamento negativo ».

(25) BÜLOW, *Dispositives Civilprozessrecht, und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung* in *Archiv. für die civ. Pr.* LXIV pag. 23 e segg.; WACH, *Urteilsnichtigkeit*, pag. 374; KOHLER, *Prozess als Rechtsverhältniss*, § 23, pag. 56.

sentenza (26), si potrebbe pensare che colla sentenza venissero meno tutti i difetti di attività processuale, che non importassero la mancanza di elementi costitutivi della sentenza stessa. Qualora però si voglia ammettere che qualche mezzo di difesa possa competere alle parti contro la sentenza viziata da alcuno dei difetti di attività che, senza produrre inesistenza del giudicato, rivestono però un carattere di particolare gravità, si avrà in questo caso una situazione giuridica analoga a quella del negozio privato *annullabile*, il quale acquista, sì, esistenza giuridica, ma, per un vizio della sua formazione, è soggetto a perderla quando la parte interessata si adopri per ottenerne la distruzione. Come contro il negozio giuridico esistente ma viziato, così contro la sentenza esistente, ma basata su un materiale imperfetto, la legge può concedere alla parte un diritto di impugnativa, cioè il diritto (potestativo) di ottenere dal giudice la distruzione del rapporto che ha esistenza giuridica, la modificazione di una situazione processuale già prodottasi. Accanto al diritto di impugnare un rapporto di natura sostanziale (ossia al diritto di ottenerne la variazione), si può aver così un diritto di impugnativa (da non confondersi col così detto *mezzo d'impugnativa*! cfr. avanti, n. 13) contro una sentenza, ossia il diritto alla variazione di uno stato di diritto processuale (27); l'azione con cui questo diritto si farà valere non sarà un'azione di mero accertamento, ma sarà un'azione costitutiva, in quanto mirerà a far pronunciare dal giudice (con effetto *ex tunc*) l'annullamento di una sentenza già costruita, a portare nel mondo del diritto una variazione, quale non può esser mai portata da un'azione di mero accertamento, che, limitandosi sempre a far dichiarare ciò che già esiste, lascia dopo il suo esperimento uno stato giuridico identico a quello che esisteva prima.

7. — *c*) Si può finalmente immaginare una sentenza la quale, pur essendo il resultato di un processo in sé regolare, e immune da qualsiasi difetto di costruzione, abbia deciso sopra un materiale di lite non raccolto secondo la libera disposizione delle parti, ma alterato, a svantaggio di una parte, da alcuni influssi perturbatori che hanno agito all'infuori del processo.

Dato il materiale di lite che il giudice ha dinanzi, il processo si

---

(26) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, 651-652.

(27) Cfr. HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, Jena, 1900, § 59, pag. 485 e segg.; *Lehrbuch* I, § 61 e § 62 e *System*, § 106. V. però quanto è detto nel testo avanti n. 13, e cfr. SOHM (R.), *Wesen und Voraussetzungen der Widerspruchsklage*, Leipzig, 1908 pagg. 44-45, il quale identifica questo diritto alla variazione di uno stato di diritto processuale col diritto d'azione.

è svolto regolarmente e la sentenza ne è il resultato legittimo; ma nella raccolta del materiale di decisione le parti non sono state in condizione di parità, poiché a svantaggio di una di esse, a limitarne l'attività del processo, a menomare la libera applicazione del suo diritto di disposizione, è intervenuto il suo errore o la frode altrui o altra circostanza, per cui la parte è stata posta nella impossibilità di validamente difendersi. In tale ipotesi il processo è regolare e la sentenza, secondo lo stretto diritto, perfetta; ma la sentenza viene a risentire del vizio prodottosi nella raccolta del materiale di lite, quantunque esso si sia prodotto fuori del processo. Come nel diritto sostanziale può un negozio, quantunque in sé perfetto, diventare impugnabile perché il suo effetto sarebbe contrario all'equità (28), così contro la sentenza può avvenire quello che il KOHLER (29) chiama una « reazione del diritto sostanziale sul diritto formale »: per considerazioni di equità, passando al disopra dello stretto diritto, per cui la sentenza dovrebbe considerarsi perfettamente valida, la legge concede alla parte danneggiata la restituzione contro gli effetti della sentenza, cioè la distruzione dello stato giuridico creato dal giudicato.

Come nel caso precedente (sentenza annullabile) la parte può ottenere così la distruzione di una situazione giuridica già esistente: il diritto che in questo caso la legge le concede è un diritto di impugnativa, e l'azione in cui tale diritto si esercita è un'azione costitutiva, perché tende a portare una variazione nel mondo giuridico.

La validità della sentenza soggetta a questa impugnativa è dunque simile in effetto a quella della sentenza annullabile; soltanto, poiché il diritto di impugnativa deriva nei due casi da un motivo diverso (nel primo caso da un vizio di costruzione entro il processo, in questo invece da un vizio estraneo al processo), si potrà parlare, accanto alla sentenza *annullabile* per vizio di attività, di una sentenza *revocabile* per considerazioni di equità.

8. — B) *a*) Mentre, in quanto alle conseguenze dei difetti di attività, esiste un certo parallelismo tra la sentenza e il negozio giuridico, con criterî esclusivamente processuali debbono esser considerati gli effetti che sulla validità di una sentenza possano produrre gli errori di giudizio commessi dal giudice. La sentenza ingiusta, nata attraverso ad un processo regolare, è stata paragonata al risultato sfavorevole di un negozio giuridicamente perfetto, il quale venga a frustrare le speranze di lucro in vista delle quali era stato compiuto; come

(28) Cfr. JACOBI, *Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte* (*Archiv. f. civ. Prax.* LXXXVI. 51) pag. 74 e segg.

(29) *Zivilprozessrecht*, § 76; *Prozess und Nichtprozess*, pagg. 114, 115.

non si potrebbe dubitare della validità di un contratto di società di speculazione solo perché la inettitudine dei soci non è riuscita a realizzare il guadagno sperato dall'azienda sociale, così sulla validità della sentenza non può avere alcun influsso la circostanza che il contenuto di essa, entro il solito « involucro » di un regolare processo, porti per difettoso ragionamento del giudice o per mancanza di informativa a un resultato ingiusto (30).

A parte la esattezza del paragone, certo è che la stessa natura della funzione giurisdizionale induce ad affermare che la ingiustizia della sentenza non può avere efficacia alcuna sulla sua validità. La sentenza, è vero, ha ufficio, prima di tutto, dichiarativo: essa non crea il diritto, ma dichiara qual'è la volontà di legge che il verificarsi di un certo stato di fatto ha provocato nel mondo giuridico; poiché, teoricamente, la astratta volontà della legge è in continua corrispondenza collo svolgersi concreto delle relazioni umane, e queste sono continuamente immerse in una invisibile atmosfera giuridica, in cui, insieme con ogni fatto, nasce in un punto la concreta volontà di legge che giuridicamente lo qualifica, il giudice nella sua sentenza non fa altro che registrare la volontà concreta di legge già nata col rapporto di fatto e ad esso inerente. In pratica però questo ininterrotto pullulare di concrete volontà di legge, che possiamo concepire in astratto nel mondo delle idee, non ha vita esteriore nel mondo della materia sensibile: onde, poiché non è dato verificare coi sensi, come un fatto materiale, la volontà concreta di legge nata nel singolo caso, lo Stato affida ad un suo organo, il giudice, l'incarico di accertare per via di ragionamento qual'è la volontà concreta di legge cui il rapporto di fatto ha dato origine nel mondo giuridico: così, essendo il giudice l'unica persona autorizzata a fare questo accertamento, l'unico tramite attraverso cui parla la legge concretamente, avviene che « giuridicamente la volontà della legge è ciò che il giudice afferma essere la volontà della legge » (31). Tale essendo la funzione del giudice, si intende come sarebbe illogico far dipendere la validità della sentenza dalla sua maggiore o minore giustizia: poiché la volontà di legge è solo quella che il giudice dichiara, non si può negare validità a tale dichiarazione perché non corrisponde alla vera volontà della legge, la quale, *praticamente*, non esiste se non attraverso la pronuncia del giudice.

---

(30) Kohler, *Prozess und Nichtprozess*, pagg. 137-138.

(31) Chiovenda, *Principii*, pag. 79. Sulle diverse teorie relative all'effetto dichiarativo o costitutivo della sentenza, cfr. Heim, *Die Festellungswirkung des Zivilurteils* (München, 1912); per la critica della teoria dichiarativa, v. specialmente Pagenstecher, *Zur Lehre von der materielle Rechtskraft* (Berlin, 1905) § 7.

Si potrebbe dire che la sentenza del giudice, quando è processualmente regolare, è, in quanto al contenuto, sempre giusta (salvo il caso, che qui tengo deliberatamente in disparte, del mezzo di gravame), poiché manca il concreto termine di paragone in base al quale si possa determinare la sua ingiustizia: mentre infatti, per quanto si riferisce ai difetti di attività essi consistono in un conflitto tra quello che è stato fatto e quello che la legge imponeva, per quanto si riferisce al contenuto della sentenza, cioè al giudizio, non si può mai avere un conflitto pratico tra quello che la legge vuole in concreto e quello che il giudice dichiara come volontà di legge, poiché praticamente la legge vuole quello che il giudice dichiara come volontà di legge (32-33).

S'intende così come i criterî adoprati per determinare le conseguenze che sulla validità della sentenza possono avere i difetti di attività del processo, non hanno alcun valore di fronte alla sentenza viziata da errore di giudizio: contro essa non è concepibile né un'azione di impugnativa (34) né un'azione di accertamento negativo, e per dare alle parti una difesa contro l'ingiustizia del giudicato si è dovuto, come si vedrà, creare nel mezzo di gravame un istituto tutto proprio al processo, che non ha nessuna analogia nel diritto sostanziale.

Si deve dunque ammettere come principio che in un sistema processuale in cui non si avesse alcun mezzo di gravame, la ingiustizia della sentenza non potrebbe avere alcun influsso sulla sua validità (35). A questa conclusione porta anche il considerare che lo scopo sociale della cosa giudicata è principalmente quello di sostituire alla incertezza sul diritto, che turba la pace tra i cittadini, una qualsiasi certezza giuridica che ponga fine alle liti; lo scopo della cosa giudicata è dunque raggiunto quando si è ottenuta la incontrovertibilità del rapporto sottoposto a decisione: se, di fronte a questa decisione fosse possibile

---

(32) Vedremo peraltro che nel diritto positivo si hanno eccezionalmente ed illogicamente delle azioni di impugnativa date per vizio di giudizio.

(33) La natura dichiarativa della sentenza è ben posta in luce da REICHEL, *Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung* (*Festschrift für* WACH, Leipzig, 1913) § 1, il quale osserva che « un accertamento come tale è giusto quando è corretto e soltanto perché è corretto, ma l'accertamento del giudice passato in giudicato vale come giusto non perché è corretto ma perché è esistente... » etc. (pag. 2 e segg.).

(34) Ciò vale anche se, col BELING, si considera l'errore di giudizio come un *error in procedendo*; infatti per vedere quando si è prodotta una violazione di quella norma processuale che impone al giudice di decidere applicando il diritto sostanziale, bisognerebbe poter sapere qual'è in concreto il diritto sostanziale da applicarsi nel caso; ma questo si può sapere soltanto attraverso la sentenza del giudice.

(35) Per questo principio e per la sua giustificazione, cfr. KOHLER, *Zivilprozessrecht*, § 2.

ancora controvertere all'infinito sulla sua giustizia il giudicato, anziché fonte di pace sociale, sarebbe fonte di nuove liti e lo scopo della giurisdizione sarebbe frustrato.

9. — *b*) Quest'ultima considerazione fa peraltro venire in mente l'idea di una sentenza, la quale, essendo, dal punto di vista della costruzione processuale, non solo esistente ma benanche priva di qualunque difetto, abbia tuttavia un contenuto totalmente inidoneo a produrre la certezza sul rapporto controverso, ossia a raggiungere lo scopo della funzione giurisdizionale.

Tra i diversi esempî che potrebbero rientrare in questa ipotesi, la massima evidenza dimostrativa si ha in quello della sentenza il cui contenuto sia incerto od impossibile (36). In questo caso non si può parlare di sentenza inesistente o annullabile, poiché questa pronuncia è il resultato di una costruzione processuale non difettosa; ma, d'altra parte, se questa sentenza esiste ed è formalmente valida nel processo, non si può affermare che essa sia capace di produrre, col suo contenuto che lascia praticamente indeciso il rapporto controverso, la cosa giudicata sostanziale di fronte ai processi futuri, perché condizione necessaria per raggiungere tale scopo, è l'avvenuto accertamento del diritto. Se scopo della giurisdizione è quello di creare la certezza e quindi la incontrovertibilità nei rapporti giuridici, non si può ammettere che una sentenza, risolvendo una controversia in modo indeterminato e contrario alle umane possibilità, abbia la forza di trasmettere anche per il futuro ad ogni giudice l'obbligo perpetuo di lasciare la stessa controversia in uno stato di indecisione: la forza obbligatoria della cosa giudicata verrebbe così a tradire il suo scopo, che è quello di ottenere ad ogni costo la certezza sul diritto controverso.

Sorge così, accanto al concetto di *inesistenza*, quello di *nullità* della sentenza: nel primo caso si ha uno stato di fatto al quale mancano gli elementi costitutivi necessarî a dar vita ad una sentenza, nel secondo si ha una sentenza processualmente perfetta, la quale però ha un contenuto incapace di decidere in modo obbligatorio per i futuri processi il rapporto controverso (37); nel primo caso mancano gli

(36) Oltre i citati scritti del WACH e del FISCHER, CALDA, scritto cit. nn. XI-XIII. Non si può dire che contro la sentenza assolutamente priva di significato pratico sarà esperimentabile il rimedio della correzione, la quale mira a rettificare un errore di espressione, non a supplirne la assoluta mancanza (WACH, *Urteilsnichtigkeit* n. VI); per la sentenza incerta nel diritto intermedio, v. in *Studi*, vol. I, il mio scritto *Teoria dell'error in judicando*, n. 41.

(37) Cfr. WACH, *Urteilsnichtigkeit*, pag. 395. « *Nulla* vuol dire interamente invalida nella destinazione essenziale, cioè come sentenza di merito senza forza decisoria per il rapporto giuridico controverso ».

estremi processuali del concetto di sentenza, nel secondo caso i requisiti di validità necessarî affinché una sentenza possa portare la certezza giuridica nel rapporto di merito (38).

È vanto della scienza processuale più recente l'aver posto questa distinzione tra la sentenza inesistente per difetti processuali e la sentenza nulla per il suo contenuto, di cui la sentenza incerta non è che un caso tra molti: se la sentenza inesistente non può mai dirsi nata, la sentenza nulla è nata, ma non è vitale. La inesistenza è negazione assoluta del soggetto sentenza: la nullità è invece un attributo, sia pur negativo, del soggetto formalmente esistente.

Se ora ci domandiamo quale mezzo può competere all'interessato per distruggere giuridicamente la sentenza nulla, dobbiamo considerare che dalla nullità non nasce la opportunità di fare annullare uno stato di diritto esistente, di toglier vigore a una situazione giuridica, fino a questo momento efficace: la nullità, nel senso da me spiegato, si rivela da sé stessa per il solo fatto della sua presenza, in quanto impedisce alla sentenza di raggiungere la sua destinazione essenziale. Contro una tale situazione di pratica inefficacia giuridica, contro questo stato negativo di diritto, non è concepibile un'azione di impugnativa, che mira a far cessare gli effetti di uno stato giuridico positivo. L'unico mezzo adeguato contro la sentenza nulla sarà quello dell'azione di accertamento negativo, in forza della quale, senza portare alcuna modificazione nel mondo giuridico, si farà dichiarare il carattere negativo che il contenuto della sentenza ha, fin dal suo nascere, portato con sé (39). Quantunque la sentenza nulla possa avere, diversamente da quella inesistente, effetti nel processo da cui deriva (40), certo è che l'una e l'altra sono ugualmente incapaci *ab initio* a decidere il rapporto controverso di merito, ed a far sorgere nella parte vincitrice il diritto all'esecuzione: onde l'azione di accertamento negativo varrà in ambedue i casi a tutela del soccombente.

10. — In base a questa rassegna dei difetti più caratteristici che possono viziare una sentenza, e delle azioni cui essi potrebbero dar

---

(38) Il CALDA, scritto cit. pag. 362 e segg. contrappone agli *elementi concettuali* i *requisiti legali* della sentenza; il BALIGAND, scritto cit. pag. 179 e segg. che con molta chiarezza contrappone i due concetti di inesistenza e nullità, distingue i *Begriffsmerkmale* della sentenza dai suoi *Gültigkeitserfordernisse*.

(39) WACH, *Urteilsnichtigkeit*, pag. 401.

(40) WACH, id. pagg. 395 e 399; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 899. Al contrario BALIGAND, scritto citato, § 4, specialmente a pag. 244 ritiene che nessuna differenza di effetti passi tra la sentenza inesistente e quella nulla; l'unica differenza (pag. 246) è, secondo questo autore, che i mezzi di gravame sono esperimentabili contro le sentenze nulle, non contro quelle inesistenti.

luogo in un ipotetico sistema processuale al quale fosse estraneo l'istituto del mezzo di gravame, si possono distinguere:

I) Vizî che colla sola loro presenza attribuiscono alla sentenza, fin dall'origine, un carattere negativo di inefficacia; a questo gruppo appartengono due ipotesi:

a) la mancanza di elementi costitutivi della sentenza come atto processuale (*inesistenza della sentenza*);

b) la mancanza, nella sentenza processualmente valida, di un contenuto capace di decidere il rapporto controverso (*nullità della sentenza*).

Contro questo primo gruppo di vizî è data un'azione di accertamento negativo.

II) Vizî che colla loro presenza non impediscono alla sentenza di acquistare praticamente piena efficacia, ma la espongono alla possibilità di perdere ogni suo effetto se l'interessato agisce per modificare la situazione giuridica prodottasi. Si distinguono anche qui due ipotesi:

a) la presenza di qualche difetto di attività nella costruzione del processo, che non importi mancanza degli elementi costitutivi della sentenza (*annullabilità della sentenza*);

b) la presenza di influssi estranei al processo che hanno ostacolato la libertà di una parte nella raccolta del materiale di lite (*revocabilità della sentenza*).

Contro questo secondo gruppo di vizî soccorre un'azione di impugnativa, che ha carattere costitutivo, poiché mira a portare una variazione nel mondo giuridico.

III) Finalmente abbiamo posto la regola che il semplice difetto di giudizio che dà luogo ad una sentenza *ingiusta*, non può produrre alcuna azione contro la validità della sentenza: affinché contro la ingiustizia della sentenza si possa avere un rimedio, occorre che sorga il concetto, finora tenuto in disparte, di mezzo di gravame.

§ 3. — Nozione di mezzo di gravame.

11. — Sciogliendo la riserva posta al n. 3 di questo studio dobbiamo vedere ora quali variazioni sui principî fissati possa apportare l'esistenza del mezzo di gravame; a tale scopo bisogna cominciare dal determinarne il concetto.

La nostra legge e i nostri autori, per designare ciò ch'io chiamo *mezzo di gravame*, parlano di « mezzo per impugnare le sentenze », « mezzo d'impugnativa »; ma tale terminologia tradizionale potrebbe — in questo studio in cui anche una sottile confusione verbale può ingenerare oscurità — far credere ad una analogia se non ad una iden-

tità tra il mezzo di impugnativa, di cui mi accingo a discorrere, e l'azione di impugnativa, di cui ho sopra discorso. Ad evitare il possibile scambio, ho adottato l'espressione, del resto italianissima, di *mezzo di gravame*, per poter designare senza ambiguità l'oggetto processuale che i tedeschi indicano con la espressione di *Rechtsmittel* (rimedio di diritto), concetto ben distinto da quello dell'azione di impugnativa (*Anfechtungsklage*) (41).

Il mezzo di gravame (tipicamente, l'appello) nasce come un istituto di natura esclusivamente processuale volto a rimediare la possibilità che l'errore di giudizio commesso dal giudice valga a dar luogo ad una sentenza ingiusta. Reso possibile dal formarsi di una subordinazione gerarchica del giudice inferiore al giudice superiore, il mezzo di gravame potè mirare, in sistemi processuali anteriori al nostro (42), a far compiere dal giudice superiore il riesame della sentenza dell'inferiore, affinché quegli correggesse gli errori di giudizio (ingiustizia) commessi da questo. Ma oggi il concetto di mezzo di gravame si è trasformato ed allargato; mentre, secondo il concetto originario, la decisione del superiore mirava solo a correggere *direttamente* e *singolarmente* gli errori del giudice inferiore, oggidì la legge, partendo dalla premessa che una sola istanza non offre sufficienti garanzie di una sentenza giusta, vuole che in ogni controversia la parte possa ottenere due decisioni (principio del doppio grado) o, in certe legislazioni, anche tre, sul rapporto controverso, in modo che la decisione posteriore si sovrapponga alla decisione anteriore, anche se questa era perfettamente giusta e immune da errori. Il giudizio di appello viene così ad essere, secondo la espressiva frase del Binding (43) una « *zweite Erstinstanz* »; e la ingiustizia commessa dal giudice inferiore viene ad essere repressa in modo indiretto e generale, in quanto la legge presume che il secondo giudice, decidendo la causa *ex novo* e senza curarsi della prima sentenza, non cadrà negli errori in cui può essere caduto il primo.

Nasce così la possibilità di più istanze in uno stesso processo: anzi il processo viene in tal modo ad esser considerato come una normale successione di procedimenti svolgentisi dinanzi a giudici diversi,

---

(41) Kohler, *Zivilprozessrecht* pag. 354 nota 4; *Prozess und Nichtprozess* pag. 113 « non vi è maggiore inesattezza di quella che si commette quando si dice che i rimedî di diritto (*Rechtsmittel*) contengono la impugnativa (*Anfechtung*) della sentenza... et. ». Cfr. anche lo stesso Kohler in Dernburg, *Das bürgerliche Recht des deut. Reichs*. Vol. VI, pag. 574.

(42) Così specialmente nel dirtto comune, mentre nel diritto romano l'appello dette luogo a un *novum judicium*: cfr. con particolare chiarezza Endemann, *Das deutsche Civilprozessrecht* (Heidelberg, 1868) § 235.

(43) *Grundriss*, 5ª ed., pag. 254.

l'ultimo dei quali può solo pronunciare la vera sentenza irrevocabile. Di conseguenza colla sentenza del giudice inferiore non si produce più, al momento stesso della pronuncia, l'accertamento del diritto controverso, poiché su questa sentenza incombe fin dal suo nascere la minaccia di una sentenza ulteriore, di fronte alla quale il primo giudizio dovrà perdere ogni efficacia. Il principio, già posto, secondo il quale la ingiustizia della sentenza non ha effetto sulla sua validità, continua ad aver vigore nel senso che il mezzo di gravame non è aperto soltanto contro la sentenza ingiusta, *ma contro qualunque sentenza, giusta o ingiusta*, del giudice inferiore: soltanto, per ottenere indirettamente una maggior garanzia di giustizia, questo nuovo concetto del mezzo di gravame fa sì che la validità di qualunque sentenza del grado inferiore nasce in uno stato di incompletezza, di imperfezione, di pendenza.

La possibilità di ottenere una seconda sentenza in un rapporto già deciso una volta è condizionata alla richiesta della parte, e limitata entro un termine perentorio: la parte ha così, entro questo termine, un *diritto di gravame*, il quale può definirsi il diritto (diritto potestativo di per sé stante, e indipendente, come si vedrà, dalla esistenza di un vizio nella sentenza) di porre in essere la condizione per passare dalla trattazione anteriore ad una ulteriore trattazione sullo stesso rapporto controverso.

Mezzo di gravame è l'esercizio di questo diritto; il Chiovenda (44), infatti definisce l'appellazione, che è il mezzo di gravame tipico, come « il mezzo per passare dal primo al secondo grado di giurisdizione ».

12. — La dottrina si è molto affaticata per determinare la condizione giuridica della sentenza soggetta a gravame (45). Tra le diverse teorie che sono state enunciate sull'argomento meritano particolare considerazione quella sostenuta in Italia dal Mortara e in Germania dal Kohler, e quella sostenuta dal Chiovenda.

Il Kohler, dal suo *Prozess als Rechtsverhältniss* fino agli scritti più recenti (46) ha sostenuto che la sentenza soggetta a gravame deve considerarsi pronunciata sotto condizione risolutiva, e che anzi solo questa nozione della condizione risolutiva permette di intendere a pieno l'istituto del mezzo di gravame (47). Questo stato di con-

---

(44) *Principii*, pag. 947.

(45) Cfr. Mortara, *Appello civile nel Dig. It.*, nn. 569-600; Chiovenda, *Principii*, pag. 950.

(46) *Prozess als Rechtsverhältniss*, § 17, pagg. 71-72; *Zivilprozessrecht*, § 81, pag. 354; *Prozess und Nichtprozess*, pag. 114.

(47) *Zivilprozessrecht*, pag. 354. Cfr. anche in Denburg, *Burg. Recht*, VI, 575 (IX Buch, § 12, 2).

dizionalità, che la sentenza riveste fin dal suo nascere, cessa ove il termine per interporre il gravame decorra inutilmente: se invece il gravame viene interposto nel termine, questo stato di condizionalità si prolunga fino a quando la condizione risolutiva si avvera, nel momento in cui segue una nuova decisione del tribunale superiore; la condizione risolutiva, così, si verifica non per il fatto che la seconda sentenza varî la prima, ma per il fatto che sia pronunciata una seconda sentenza, anche se identica nel contenuto alla precedente (48). Al criterio della condizione risolutiva ricorre, almeno in teoria (49), anche il Mortara, il quale però insegna che la condizione risolutiva non nasce colla sentenza, ma solo colla interposizione del gravame (50), e che essa condizione si avvera soltanto quando la seconda sentenza è disforme dalla prima (51).

Di fronte al criterio della condizione risolutiva, il quale non spiega per qual ragione la sentenza di primo grado non sia normalmente eseguibile finché pende la condizione, mentre il negozio sottoposto a condizione risolutiva esercita fin dal suo nascere tutti i suoi effetti, il Chiovenda (52) insegna che la pronuncia del giudice inferiore non può essere considerata una sentenza capace di produrre l'accertamento del diritto, il quale non comincia ad esistere se non quando è decorso inutilmente il termine di gravame. La pronuncia soggetta a gravame non è quindi una vera sentenza (e ciò spiega la regola contenuta nell'art. 482 Cod. proc. civ., indipendentemente dal caso di provvisoria esecuzione, che è un provvedimento autonomo) (53), ma è soltanto una situazione giuridica: « essa è un elemento, che, col concorso di un altro elemento (il termine) diventerà l'accertamento del diritto ». Se poi entro il termine viene interposto il gravame, la sentenza continuerà a sussistere come situazione giuridica finché non sia pronunciata la sentenza del giudice superiore, la quale sola potrà precludere definitivamente alla

---

(48) In *Zivilprozessrecht* pag. 354, il K. dice che la condizione risolutiva si verifica quando è pronunciata una nuova decisione « che *varia* quella del giudice inferiore ». Ma negli altri scritti è detto chiaramente che la condizione si verifica anche se la sentenza superiore è identica alla prima: in questo caso la prima sentenza si risolve in modo *positivo*, mentre se il tribunale superiore riforma la prima sentenza, questa si risolve in modo *negativo* (*Prozess als Rechtsv.* § 17). La poca chiarezza di questa costruzione dimostra la infondatezza della teoria.

(49) Infatti, nell'*Appello Civile*, n. 602 riconosce che questo criterio teorico non è applicabile al nostro diritto positivo.

(50) *Appello civile*, n. 578 « ... si appalesa come il giudizio di appello altro effetto non possa avere, all'infuori di quello di far sorgere colla sua istituzione una condizione risolutiva ».

(51) *Ibidem.*

(52) *Principii*, pag. 952. Cfr. anche la nota sul *Foro It.* 1912, col. 239 e segg.

(53) *Ib.* pag. 952.

prima pronuncia la possibilità di ottenere quel secondo elemento che fin dalla nascita le è mancato per diventare accertamento del diritto.

Seguendo l'insegnamento di questa seconda teoria, l'unica che, a mio sommesso parere, spieghi esaurientemente la vera natura del mezzo di gravame, bisogna porre bene in chiaro un principio non sempre sufficientemente compreso; il principio, cioè, che la interposizione del gravame non produce una variazione dello stato in cui si trova la sentenza nel periodo che va dalla pronuncia alla interposizione del gravame stesso, ma produce, al contrario, una continuazione, un prolungamento di questo stato. Insegnavano gli antichi Dottori che la interposizione dell'*appellatio* basta a far cadere nel nulla la sentenza di primo grado ed a riportare la causa *ad terminos litis contestatae* (54); teoria che non varrebbe oggi a spiegare come, anche dopo interposto l'appello, possa la prima sentenza passare in giudicato, quando la istanza di appello non arrivi a produrre una nuova sentenza. D'altra parte, anche se si volesse accogliere il criterio che concepisce la sentenza sottoposta a gravame come soggetta a condizione risolutiva, si dovrebbe respingere l'opinione del MORTARA, secondo il quale questa condizione risolutiva nasce per il fatto della interposizione del gravame (55). La verità è che la sentenza di primo grado nasce, come situazione giuridica, in uno stato di aspettativa e di pendenza che, per volontà della legge, deve durare soltanto entro un termine rigorosamente fissato: se le parti non si muovono, la pronuncia acquista, allo scader del termine, la sua piena efficienza; se invece, prima che il termine sia decorso, la parte interessata chiede una nuova decisione della controversia, questa richiesta non distrugge senz'altro la prima sentenza, né costituisce *ex novo* sopra di essa una condizione risolutiva, ma ha il solo effetto di far continuare anche dopo la scadenza del termine quello stato di aspettativa in cui la prima pronuncia è nata. L'interposizione del gravame non distrugge dunque la sentenza di primo grado e neppure le toglie la possibilità di diventare l'accertamento definitivo del diritto: tale possibilità è preclusa soltanto quando il giudice presso cui il gravame è interposto pronuncia una seconda sentenza, *purché valida* (56); altrimenti, prima di questa seconda sen-

(54) MORTARA, *Commentario* IV n. 116; riferimenti di autori in *Appello Civile*, nn. 571-572. Anche il PESCATORE, *Sposizione compendiosa* par che segua questo insegnamento.

(55) *Appello civile*, n. 578 cit.

(56) Così quando la Cassazione annulla una sentenza d'appello per vizî processuali, la sentenza di primo grado, non già *rivive*, ma *non ha mai cessato di vivere* come situazione giuridica, alla quale la sentenza di secondo grado non ha potuto validamente precludere la possibilità di diventare sentenza definitiva; onde, perimendosi il giudizio di rinvio, la sentenza di primo grado passa in giudicato. Cfr. CHIOVENDA sul *Foro It.*, 1914, I, col. 188.

tenza, la pronuncia del giudice inferiore ha sempre, anche dopo la interposizione del gravame, la possibilità di passare in giudicato per perenzione o rinuncia del giudizio di appello (articoli 341 e 345 Cod. proc. civ.) (57).

Il diritto di gravame è dunque il diritto di ottenere una nuova decisione su un rapporto giuridico già deciso una prima volta, e l'esercizio di questo diritto ha l'effetto di prolungare lo stato di pendenza in cui la prima decisione è nata fino a quando venga a sovrapporsi ad essa la nuova decisione richiesta, o, per la sopravvenuta certezza giuridica che questa nuova decisione non si produrrà altrimenti, la prima pronuncia possa uscire definitivamente dallo stato di pendenza in cui era nata.

13. — Da questo modo di concepire il mezzo di gravame, che ne fa un istituto di creazione puramente processuale, differisce il punto di vista dell'HELLWIG, il quale in tutte le opere sue (58) parla del mezzo di gravame insieme colle azioni di impugnativa. Questo autore, suddistinguendo le azioni costitutive in due gruppi, secondoché mirano a ottenere la variazione di uno stato giuridico (*Rechtsänderung*) sostanziale o di uno stato giuridico processuale, avvicina a questo secondo gruppo anche il mezzo di gravame (*Rechtsmittel*); partendo dalla esistenza di un diritto di impugnativa contro le sentenze, egli dice che questo diritto si esercita talora nelle forme ordinarie dell'azione (59), tal'altra in forme speciali, che costituiscono appunto il mezzo di gravame: avverte infatti che di regola il diritto di impugnare i provvedimenti processuali (*Prozessmassnahmen*) non si deve far valere in via di azione, ma con un mezzo di gravame (60).

Talché azione di impugnativa e mezzo di gravame sarebbero esplicazioni formalmente diverse di un diritto di impugnativa sostanzialmente identico (*Widerspruchsrecht*) (61): il diritto di gravame sa-

---

(57) HEIM, *Die Festellungswirkung* cit. pagg. 63-64, scrive che la sentenza soggetta a gravame « porta in sé la potenza di un'ulteriore efficacia, il cui prodursi può essere impedito o almeno posto in discussione da una attività delle parti... » e che, se l'impugnativa non ha effetto « l'efficacia potenziale immanente nella decisione diventa attuale ». Questo autore però non distingue il gravame dall'impugnativa.

(58) *Anspruch und Klagerecht*; § 59; *Wesen und subiektive Grenzen der Rechtskraft*, pag. 14 e segg.; *Lehrbuch*, I, § 62; *System*, I, § 106.

(59) Questa azione vien chiamata dall'H., per distinguerla dal vero e proprio mezzo di gravame (*Rechtsmittel*), col nome di *azione di gravame* (*Rechtsmittelklage*); cfr. *Anspruch und Klagerecht* cit., pag. 485.

(60) *Lehrbuch*, I, pag. 396.

(61) Cfr. *Anspruch und Klagerecht*, pag. 486.

rebbe la stessa cosa del diritto di impugnativa, ossia il diritto a ottenere la variazione dello stato giuridico creato dalla sentenza soggetta a gravame.

Simile concezione (62) contraddice fondamentalmente alla nozione di mezzo di gravame che più sopra ho cercato di disegnare con chiarezza: a dimostrarne la infondatezza gioverà il considerare che tra l'azione di impugnativa e il mezzo di gravame passano le differenze seguenti.

a) Il diritto di impugnativa, sia esso diretto contro un negozio giuridico o contro una sentenza, in tanto esiste in quanto esiste nel negozio o nella sentenza *un vizio* (63): esso mira, infatti a distruggere gli effetti giuridici di un negozio o di una sentenza viziati da un difetto di costruzione, i quali, se non si fosse prodotto questo difetto di costruzione, avrebbero normalmente efficacia irrevocabile. Il diritto di impugnativa è inseparabile dal motivo di impugnativa. Invece il diritto di gravame è del tutto indipendente dal vizio della sentenza: esso, in tutti quei casi in cui la legge non crede che un solo grado di giurisdizione sia garanzia sufficiente di giustizia, è concesso alla parte soccombente all'infuori di ogni considerazione diretta sui possibili vizî della prima sentenza. L'unica condizione per la quale, nei casi in cui la legge ammette l'esperimento di più istanze, nasce in concreto il diritto di gravame è quella della soccombenza: colui che vuol gravarsi contro la sentenza deve esserne leso. Ma, quando è presente questo presupposto, il diritto di gravame esiste così contro la sentenza giusta come contro quella ingiusta; la possibilità di variare in appello il materiale di decisione, colla proposizione di nuove eccezioni o la deduzione di nuove prove (art. 490 Cod. proc. civ.) mostra in modo indiscutibile che la sentenza d'appello potrà esser diversa da quella di primo grado, quantunque essa fosse perfettamente giusta di fronte al materiale di lite dedotto nel primo giudizio (64).

b) L'azione d'impugnativa mira a ottenere la variazione di uno stato giuridico esistente, ossia, quando è volta contro una sentenza, a ottenere una nuova sentenza che annulli o revochi la prima. Il diritto di gravame, invece, mira ad impedire che si perfezioni uno stato

---

(62) Concezione molto vicina a quella dell'HELLWIG adotta il PLANK, *Lehrbuch des deutsch. Civilprozessrecht* II (München, 1896) § 139, quando nel diritto di appello (*Berufungsklagerecht*) vede il « diritto alla riforma della sentenza impugnata ».

(63) Cfr. KOHLER in DERNBURG l. c. pag. 574.

(64) Cfr. CHIOVENDA, nel *Foro Italiano*, 1914, I, col. 189 in fine. Erroneamente dunque il BELING, scritto cit. pag. 100 afferma che *Rechtsmittelgrund* può essere soltanto un difetto della sentenza.

giuridico non ancora perfetto, ossia che passi in giudicato la sentenza di primo grado; e la sua esistenza non ha nessun influsso sulla nuova pronuncia di merito, la quale potrà in sostanza essere identica alla prima. Il diritto di impugnativa è il diritto alla variazione dello stato giuridico creato dalla sentenza, il diritto di gravame è il diritto alla pronuncia di una nuova qualsiasi sentenza sul rapporto una prima volta già deciso. Può il giudice superiore riconoscere il diritto di gravame e insieme decidere in merito in modo conforme alla sentenza del giudice inferiore; ma non può il giudice presso il quale si fa valere la impugnativa riconoscere il diritto di impugnativa e insieme decidere che la sentenza non deve essere annullata (v. oltre, *sub litt. d*).

c) Poiché l'azione di impugnativa mira a ottenere la variazione di uno stato giuridico *già esistente*, si intende come la sentenza soggetta a essere annullata o revocata da un'azione di impugnativa, sia, ciò nonostante, un vero accertamento del diritto, ed eserciti quindi, finché l'impugnativa non è accolta, tutti gli effetti di una vera sentenza. S'intende invece come la sentenza soggetta al gravame, il quale mira ad impedire che si perfezioni uno stato giuridico *non ancora perfetto*, non possa esercitare gli effetti di un vero accertamento (il così detto effetto *sospensivo* del gravame).

d) Tanto l'azione di impugnativa quanto il mezzo di gravame provocano una nuova decisione; ma la materia che forma oggetto della decisione è assai diversa nei due casi. Nel primo caso la decisione verte solo sulla esistenza del diritto di impugnativa: si tratta cioè di accertare se esiste una volontà di legge che dia all'attore il diritto a ottenere la variazione della sentenza; e ove tale volontà di legge esista, il giudice in base all'accertamento eseguisce insieme l'annullamento, modificando lo stato giuridico esistente finora (il cosidetto *judicium rescindens*).

Nel secondo caso invece il giudizio dinanzi al nuovo giudice verte sul merito del rapporto controverso, cioè sulla esistenza della volontà di legge sostanziale che l'attore ha già fatto valere in primo grado. Ciò non vuol dire che anche dinanzi al nuovo giudice non si possa discutere preliminarmente sulla esistenza del diritto di gravame (quando, per esempio, l'appellato afferma che la sentenza di prima istanza è inappellabile); ma in questo caso la decisione sul diritto di gravame non ha mai il carattere di un *judicium rescindens* (come l'Hellwig, coerentemente colla sua concezione del mezzo di gravame, ammette) (65) perché il riconoscere che la parte aveva diritto di gravame non significa riconoscere che essa abbia diritto ad una nuova

(65) Nel *System*, § 238, pag. 645, egli parla del *judicium rescindens* nell'istanza di appello.

decisione *diversa* da quella di prima istanza. Il giudice investito, per l'interposizione del gravame, della nuova decisione, non *rescinde* la decisione precedente, poiché la rescissione presuppone la esistenza di una sentenza originariamente efficace, quale *non è* la sentenza soggetta a gravame: non afferma ed appaga colla sua pronuncia il diritto della parte a ottenere la distruzione della prima sentenza, ma, affermato il diritto ad ottenere una nuova decisione, appaga questo diritto col decidere *ex novo* il rapporto di merito (66).

Non si deve confondere la nuova decisione sul merito che viene pronunciata in caso di gravame col *judicium rescissorium* che le legislazioni affidano talvolta al giudice già investito del *judicium rescindens* (p. es. la nostra rivocazione o la *querela nullitatis* del diritto comune). In questa ipotesi, infatti, il giudizio si svolge anzitutto sulla esistenza del diritto di impugnativa, cioè sul diritto dell'attore ad ottenere la rescissione della sentenza: se il giudice decide affermativamente tale questione, contemporaneamente attua il diritto, rescindendo la sentenza (*judicium rescindens*); a questo punto però, siccome il rapporto controverso deve pure esser deciso, la legge, per economia di giudizî, affida allo stesso giudice la nuova decisione in merito (*judicium rescissorium*), la quale quindi avviene soltanto dopoché il giudice ha rescisso colla sua pronuncia la precedente decisione (67). Invece, nella ipotesi del secondo giudizio derivante dalla interposizione del gravame, la decisione preliminare che affermi la esistenza del diritto di gravame non ha nessun influsso sulla sentenza di primo grado, la quale sèguita ad esistere come situazione giuridica fino a che non

---

(66) Il PLANK, *Lehrbuch*, § 139 cit., il quale concepisce il diritto di gravame come il diritto alla riforma della sentenza attaccata, scrive che nel giudizio di appello (pag. 429) « si deve trattare e decidere anzitutto su questo punto, se l'appellante abbia diritto a ottenere l'esame e la decisione sulla sua richiesta di appello... e in caso affermativo in secondo luogo su quest'altro punto, se l'appellante abbia diritto di ottenere la da lui richiesta variazione della sentenza attaccata ». Se veramente questo fosse il tema del giudizio di appello, non si capisce come il P. possa poi affermare (*ibid.*) che il giudizio di appello è una fase della intera controversia dibattuta tra le parti sulla ragione di diritto privato fatta valere dall'attore (« *über den privatrechtlichen Anspruch des Klagers* »). Una delle due: o esiste un diritto alla riforma della sentenza, ed allora è l'esistenza di questo diritto che forma oggetto del giudizio di appello; o il giudizio d'appello ha per oggetto il diritto sostanziale affermato in prima istanza dall'attore, ed allora il diritto d'appello non è il diritto alla riforma della sentenza, ma solo il diritto ad avere una nuova decisione sul merito. Né a questa concezione si oppone il divieto della *reformatio in peius*: il diritto di appello è infatti il diritto a ottenere una nuova decisione su quei punti in cui l'appellante lo richiede, e quindi nei limiti della sua domanda; si tratta così di una applicazione del principio dispositivo.

(67) HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, pag. 486.

è pronunciata una nuova qualsiasi decisione sul merito della controversia. L'annullamento della sentenza impugnata avviene per il solo riconoscimento del diritto di impugnativa; la possibilità che la sentenza di primo grado passi in giudicato, è, invece preclusa non dal riconoscimento del diritto di gravame, ma dalla pronuncia di una nuova sentenza in merito (68).

c) Dalle suddette differenze un'ultima deriva, che è anche la più evidente: che, cioè, mentre l'azione di impugnativa dà luogo ad un nuovo processo sulla esistenza di una volontà di legge diversa da quella di cui si controverte nel merito, il mezzo di gravame apre una fase nuova dello stesso processo, dà luogo alla continuazione della stessa controversia decisa dalla prima sentenza. L'effetto di aprire un nuovo stadio *dello stesso processo* non ancora esaurito (69) (di regola dinanzi a un giudice superiore, ma talora anche dinanzi allo stesso giudice) (70) è proprio del mezzo di gravame ed è giustamente considerato da alcuni autori come suo carattere distintivo (71).

---

(68) Possono da questi principî detrarsi nuovi argomenti alla interpretazione del controverso art. 341 Cod. proc. civ. capoverso.

(69) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 961.

(70) Si pensi alla nostra opposizione contumaciale.

(71) A questo concetto si avvicina il MATTIROLO, *Trattato*, Vol. IV, n. 289, quando insegna che la distinzione tra mezzi ordinarî e straordinarî ha una giustificazione pratica e scientifica in quanto « gli ordinarî (cioè, secondo la mia concezione, i veri mezzi di gravame) sono mezzi che riaprono l'intera istruttoria, diciamo anzi l'intera causa: gli straordinarî (cioè, in sostanza, le azioni di impugnativa contro la sentenza) sono mezzi speciali, i quali non competono fuorché nei casi e nei modi tassativamente determinati dalla legge ». Non esattamente il MORTARA, *Comm.* IV, pag. 205 insegna che ad una riapertura del rapporto processuale danno luogo tutti i mezzi di impugnativa anche quelli straordinarî. Nella dottrina tedesca, mentre in generale si comprende sotto il concetto di mezzo di gravame ogni mezzo volto a ottenere l'annullamento o la riforma di una sentenza (cfr. BAYER, *Vorträge über d. deutsch. gemeinen ordentlichen Civilprozess*, 10ª ed., München, 1869, § 304; RENAUD, *Lehrbuch des gem. deutsch. Civilprozessrecht*, Leipzig und Heidelberg, 1867, § 172; ENDEMANN, op. cit., § 228; WETZELL, *System*, § 52, pag. 688; LINDE, *Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln*. I, § 2, Giessen, 1831; BOLGIANO, *Begriff des Rechtsmittels und der Rechtskraft*, in *Arch. für die civ. Prax.* LIX, pag. 420; KRIES, *Die Rechtsmittel*, Breslau, 1880, pagg. 1-12) i più recenti autori seguendo il criterio della C.P.O. che non considera come *Rechtsmittel* l'azione di nullità e quella di restituzione (§ 578 e segg.; contro questo criterio, cfr. però SCHMIDT, *Lehrbuch*, 2ª ed., pag. 781) mettono in luce che il mezzo di gravame dà luogo a una continuazione del processo: così WACH, *Vorträge*, 2ª ed., 1896, pag. 244; KLEINFELLER, *Lehrbuch*, 2ª ed., 1910, pag. 493; il FITTING, *Der Reichs-Civilprozess* (12ª-13ª ed., Berlin, 1907) § 81 trova il criterio discretivo del mezzo di gravame nella sua introduzione dinanzi al giudice superiore, il che non vale per il diritto italiano, ov'è mezzo di gravame anche l'opposizione contumaciale.

§ 4. — Relazione che passa tra i vizî della sentenza e il mezzo di gravame.

14. — Stabilito così che il mezzo di gravame è cosa del tutto differente dalle azioni che possono esser date contro i vizî della sentenza, non parrebbe irrazionale un sistema processuale in cui il mezzo di gravame fosse considerato come un istituto interamente separato da tali azioni e parallelo ad esse; in modo che mentre queste azioni dovessero servire come rimedî eccezionali ad accertare la invalidità o a distruggere la validità delle sentenze viziate da certi difetti (e ciò nelle forme ordinarie di ogni azione, cioè dinanzi al giudice di primo grado), il mezzo di gravame fosse l'istituto normale con cui si passa da una fase anteriore del processo a quella successiva, allo scopo di ottenere una decisione presumibilmente più giusta. Senonché quantunque il nostro diritto, nella tradizionale partizione dei mezzi di impugnativa in ordinarî e straordinarî, ponga una distinzione quasi coincidente con quella che si può fare tra i mezzi di gravame e le azioni di impugnativa, e quantunque le legislazioni processuali più moderne, come la germanica e l'austriaca, abbiano cercato di accentuare sempre più la separazione tra questi due concetti, certo è che in pratica il mezzo di gravame ha assorbito in sé l'esercizio delle azioni di impugnativa o di accertamento negativo contro le sentenze, o le ha rivestite delle sue caratteristiche forme processuali. A chi si studi di porre in chiaro lo scheletro concettuale del nostro sistema dei « mezzi per impugnare le sentenze » appare un intreccio di concetti eterogenei, una sovrapposizione di elementi di diversa indole; tale intreccio e tale sovrapposizione si manifesta:

a) nel fatto che, quando contro una sentenza è ammesso l'esercizio di un mezzo di gravame, il quale, come si sa, ha il solo scopo di allontanare la probabilità di sentenze *ingiuste*, qualunque vizio di questa sentenza, anche se diverso dalla ingiustizia (inesistenza, nullità, annullabilità, revocabilità), può essere fatto valere attraverso il mezzo di gravame, che viene così a servire ad uno scopo diverso da quello per cui era stato creato;

b) nel fatto che, ove, contro la sentenza non più soggetta a gravame la legge permetta l'esperimento di vere e proprie azioni di impugnativa per determinati vizi, queste rivestono la funzione di forme processuali identiche a quelle del mezzo di gravame, talché la loro natura originaria si altera e si trasforma.

15. — *a*) Nella nostra legge positiva i veri e proprî mezzi di gravame sono quelli che l'art. 465 Cod. proc. civ. chiama mezzi *ordinarî* per impugnare le sentenze, cioè l'appello e l'opposizione contumaciale:

l'unico punto in cui quest'ultima differisce dal primo, che è il mezzo di gravame tipico, consiste nel giudice presso al quale essa si fa valere, che è lo stesso giudice, e non, come nell'appello, il giudice superiore. Del resto anche l'opposizione contumaciale, come l'appello, non è l'esercizio di un diritto di impugnativa per toglier di mezzo una sentenza già entrata in vigore, ma l'esercizio del diritto di ottenere una nuova decisione sul merito, e quindi di sospendere fino alla pronuncia della nuova decisione il passaggio in giudicato della prima sentenza (art. 475 Cod. proc. civ.) (72).

Tanto l'appello quanto la opposizione contumaciale si esercitano dunque indipendentemente dal vizio che possa inquinare la prima sentenza. Senonché può accadere che una sentenza ancora soggetta a gravame sia viziata da uno di quei difetti che secondo i concetti già esposti dovrebbero dar luogo o ad un'azione di impugnativa o ad un'azione di accertamento negativo: in questo caso, poiché è aperto l'esercizio del gravame, esso serve a far valere anche questi difetti, ossia, colle forme esteriori del mezzo di gravame, agisce in realtà in funzione di azione di impugnativa o di azione di accertamento negativo.

Si pensi al caso, in pratica frequente, in cui l'appellante sostiene che la sentenza di primo grado era viziata da un difetto di attività, per cui non poteva esser neppur considerata come situazione giuridica capace di produrre, col decorso del termine, la cosa giudicata. In questa ipotesi il giudice di appello deve anzitutto decidere se l'appellante ha diritto di ottenere l'annullamento della prima sentenza, deve cioè esaminare se esiste un diritto di impugnativa: e, ove lo riconosca, deve annullare la sentenza di primo grado, compiendo un vero e proprio *judicium rescindens* (73), e rinviare la causa (a meno che la legge, per opportunità affidi a lui anche il *judicium rescissorium*) (74) al primo giudice, affinché venga pronunziata una nuova sentenza di primo grado, che, come la precedente annullata, sarà soggetta a gravame. In

---

(72) Per la dottrina francese e tedesca, secondo le quali il semplice fatto della opposizione fa cader nel nulla la sentenza contumaciale, cfr. CHIOVENDA, *Principii* (3ª ed.) pag. 972 e nota 3. KRIES, *Die Rechtsmittel* cit. pag. 7 avverte peraltro che la sentenza contumaciale « è soltanto tolta di mezzo quando in base alla nuova trattazione si manifesta la necessità di una sentenza sostanzialmente diversa, nel caso contrario si pronuncia la conferma »; e il KOHLER concepisce anche l'*Einspruch* come un vero mezzo di gravame (*Zivilprozessrecht*, § 85) e lo costruisce quindi in base al suo criterio della condizione risolutiva (ivi, pag. 360; v. anche in DERNBURG, VI, l. cit. pag. 575).

(73) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1005.

(74) V. sui poteri del giudice di appello in caso di annullamento della prima sentenza, CHIOVENDA, *Principii*, pagg. 981-982.

questo esempio l'appello funziona dunque come una vera e propria *querela nullitatis* (75), cioè come una azione di impugnativa fatta valere dinanzi al giudice superiore: e la differenza si fa sentire anche in pratica.

Allo stesso modo si potrà al giudice di appello chiedere la rivocazione di una sentenza di primo grado per i motivi indicati dall'art. 494 Cod. proc. civ. (scaduto il termine per appellare, la rivocazione si potrà chiedere, ma solo per i tre primi motivi, al giudice di primo grado, art. 495 Cod. proc. civ.), o la dichiarazione della inesistenza della prima apparente pronuncia di primo grado; ugualmente questi diversi vizî potranno essere rilevati dinanzi al giudice presso cui si esercita l'opposizione contumaciale. E in tutti questi casi il mezzo di gravame formalmente unico, avrà natura, scopo ed effetti diversi secondo la qualità del vizio fatto valere pel tramite suo (76).

16. — *b*) Il secondo fenomeno, nel quale si manifesta la sovrapposizione del concetto di mezzo di gravame a quello di azione contro la sentenza, si verifica nei cosiddetti mezzi *straordinarî* per impugnare le sentenze (citato art. 465 Cod. proc. civ.). Una volta esperimentati tutti i possibili mezzi di gravame e ottenuto, coll'ultima sentenza, non più soggetta a gravame, un vero e proprio accertamento del diritto (non una semplice situazione giuridica capace di diventarlo in seguito), sarebbe logico che la legge lasciasse sussistere contro la sentenza così ottenuta soltanto delle vere e proprie azioni idonee a far valere gli eventuali vizî di costruzione di questa sentenza, ma non a riportare in discussione la decisione sul merito per il solo motivo della ingiustizia, contro la quale deve essere stato un rimedio sufficiente il mezzo di gravame.

Qualcosa di simile fa la nostra legge; ma, invece di concedere, contro la sentenza passata in giudicato, delle vere e proprie azioni, ammette ch'essa sia ancora attaccata con dei mezzi d'indole ibrida, che risentono insieme della semplice azione e del vero e proprio mezzo di gravame (77).

Lasciando da parte l'opposizione di terzo, istituto di carattere specialissimo e molto affine all'azione revocatoria del diritto sostanziale (78), l'intreccio di principî diversi si manifesta nei due rimedî della rivocazione e della cassazione.

---

(75) WACH, *Urteilsnichtigkeit*, 394; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 898.

(76) Non tutti gli autori sono concordi nell'ammettere che contro la sentenza inesistente o assolutamente nulla si possa esperimentare un mezzo di gravame: JELLINEK, *Der fehlerhafte Staatsakt*, pag. 124, lo ammette per opportunità pratica.

(77) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, § 82, specialmente il n. V.

(78) CHIOVENDA, ivi, pag. 961.

La prima è, nella sua destinazione fondamentale, una vera e propria azione di impugnativa, con cui una parte mira a toglier di mezzo una sentenza, perché, essendo il materiale di decisione su cui essa è pronunciata alterato da influssi perturbatori, il mantenerla in vigore sarebbe contrario all'equità (*retro*, n. 7): per tal mezzo, adunque, la parte fa valere un vero e proprio diritto di impugnativa, il cui riconoscimento forma oggetto di un *judicium rescindens*. Senonché, su questa che sarebbe una vera azione, la nozione di mezzo di gravame fa sentire i suoi influssi in due sensi diversi: prima di tutto perché, mentre le semplici azioni, che danno luogo a un nuovo processo, si portano dinanzi al giudice ordinario di primo grado, la rivocazione, a somiglianza della opposizione contumaciale, si porta « dinanzi l'autorità giudiziaria che ha pronunciato la sentenza impugnata » (art. 498 Cod. proc. civ.); in secondo luogo perché non tutti i motivi per cui la rivocazione può esser chiesta corrispondono alla sua natura di azione d'impugnativa, sibbene uno specialmente ve n'ha (art. 494 Cod. proc. civ. n. 4, « errore di fatto che risulti dagli atti e documenti di causa ») che, producendo soltanto una ingiustizia nella decisione in merito, meglio corrisponderebbe alla natura di un vero e proprio mezzo di gravame; questo non significa però, a mio modesto avviso, che la domanda di rivocazione diventi, in questo ultimo caso, un vero e proprio mezzo di gravame che apra una nuova fase dello stesso processo (79); infatti anche quando si chiede la revocazione ex n. 4 art. 494 si fa valere il diritto ad ottenere la distruzione della sentenza, cioè un diritto di impugnativa, che dà luogo ad un *judicium rescindens* sulla esistenza di questo diritto, non ad una nuova decisione del rapporto controverso (80). Invece di vedere nella rivocazione ex art. 494 n. 4 un vero e proprio mezzo di gravame, a me sembra piuttosto di vedere in essa un'azione di impugnativa concessa per un vizio, che logicamente apparterrebbe a quella categoria di vizî (difetti di giudizio) per reprimere i quali è rimedio specificamente adeguato il mezzo di gravame: la legge, cioè, con un illogismo giustificato da ragioni pratiche, ammette che anche la ingiustizia che normalmente non ha effetti sulla validità della sentenza, possa, quando riveste carattere di speciale gravità, far sorgere il diritto di impugnativa contro la sentenza. Ma con questo non è detto che la rivocazione, quando è chiesta per errore di fatto, abbia quei caratteri proprî del mezzo di gravame che ho cercato di porre in chiaro nel n. 13.

---

(79) Così insegna il CHIOVENDA, *Principii*, pag. 999.

(80) La possibilità di un immediato *judicium rescissorium* non sposta il risultato: cfr. dietro, n. 13, *d*).

Ugual confusione di nozioni eterogenee avviene nel nostro ricorso per cassazione. Per quello che riguarda il ricorso motivato su difetti di attività (81) (art. 517 Cod. proc. civ., nn. 1-2, 4-8) esso è in modo chiarissimo un'azione di impugnativa, cioè l'esercizio del diritto ad ottenere l'annullamento di una sentenza per determinati vizî processuali: può anche in sostanza funzionare come azione di accertamento negativo, quando il vizio che si fa valere per mezzo del ricorso ha prodotto l'inesistenza o la nullità iniziale, non la sola annullabilità della sentenza. La sostanza di azione di impugnativa viene però esteriormente rivestita dalla forma di un mezzo di gravame, poiché il ricorso per cassazione si propone, come l'appello, a un giudice superiore (lo stesso avveniva nella *querela nullitatis* del diritto statutario).

Meno definita è invece la natura del ricorso per cassazione motivato su difetti di giudizio (art. 517, n. 3 « violazione e falsa applicazione della legge »). Certo è che, storicamente, le legislazioni (con un illogismo simile a quello che si è visto per la rivocazione *ex* n. 4 dell'art. 494) hanno considerato la sentenza contenente una violazione di legge come *annullabile*, cioè hanno trattato l'error di giudizio alla stessa stregua dei difetti di attività: in origine, dunque, il ricorso per cassazione motivato sulla violazione di legge era una vera e propria azione di impugnativa portata dinanzi al giudice superiore, colla quale il ricorrente faceva valere il suo diritto ad ottenere l'annullamento della sentenza contraria alla legge. A poco a poco però il ricorso in cassazione per violazione di legge si è allontanato dalla sua originaria fisionomia di azione di impugnativa e si è andato sempre più avvicinando alla natura di un vero e proprio mezzo di gravame: questo processo evolutivo si manifesta compiuto nella legislazione processuale germanica, in cui la *Revisione* dei §§ 545 e segg. *C. P. O.* è un vero e proprio *Rechtsmittel* limitato alla questione di diritto, in cui cioè la parte non ha il diritto di chiedere l'annullamento di una sentenza d'appello *perché* errata in diritto (diritto di impugnativa), ma solo quello di impedire che la cosa giudicata si formi sulla questione di diritto e di provocare dinanzi al *Reichsgericht* una nuova decisione *in jure* (diritto di gravame) (82-83).

---

(81) Il primo a mettere in luce questa duplicità di funzione che ha il nostro ricorso per cassazione è stato il CHIOVENDA, *Principii*, § 87, II.

(82) Il PLANK, *Lehrbuch*, II, § 147 conformemente a quanto fa per l'appello, concepisce il diritto di revisione come il diritto di ottenere l'annullamento della sentenza attaccata (pag. 507).

(83) Il concepire il ricorso per cassazione come un'azione di impugnativa o come un mezzo di gravame non ha importanza meramente teorica: infatti, ad esempio, se si ritiene che anche il ricorso per violazione di legge sia un'azione di impugnativa diretta ad ottenere l'annullamento della sentenza di appello, bisogna

Tendente a trasformarsi in una vera e propria terza istanza *in jure*, la nostra cassazione si trova disciplinata ancora da disposizioni antiquate, che rispondono al suo originario carattere di azione di impugnativa: e il suo carattere processuale, per ciò che riguarda il ricorso per violazione di legge, oscilla tra la nozione di azione di impugnativa impressa nelle norme invecchiate del Codice, e quella di mezzo di gravame maturatasi con lenta evoluzione nel funzionamento pratico dell'istituto (84).

17. — Poiché la esistenza del mezzo di gravame fa sentire, nella maniera sopra accennata, il suo influsso sulle azioni derivanti dai vizî della sentenza, ha per me particolare interesse il considerare se il fatto che il mezzo di gravame è sempre limitato entro un breve termine perentorio abbia avuto l'efficacia di restringere per analogia entro un breve termine anche l'esercizio delle azioni derivanti dai vizî della sentenza: ed ove questa ricerca dia resultato affermativo, essenziale sarà lo stabilire fino a qual punto le possibilità giuridiche abbiano permesso l'operarsi di questa restrizione.

Che il mezzo di gravame, come quello che viene in pratica a ritardare il formarsi della cosa giudicata, sia contenuto entro un breve termine perentorio, ben s'intende: poiché la cosa giudicata si forma solo quando il mezzo di gravame non è più esperimentabile, la mancanza di un termine per esperimentarlo produrrebbe un giudicato perpetuamente sospeso. Ma d'altra parte è opportuno, o anche, per certi casi, è possibile contenere entro un breve termine l'esercizio delle vere e proprie azioni contro la sentenza?

Prescindo qui totalmente da quei casi già accennati (*retro*, n. 16) in cui il mezzo di gravame viene adoperato per far valere un vizio della prima sentenza e quindi agisce in funzione di azione di impu-

---

anche ritenere che l'accoglimento del ricorso, facendo sì che la sentenza di appello si abbia per non avvenuta, restituisce alla sentenza di primo grado la possibilità di passare in giudicato (cfr. *retro*, nota 56); se invece si ritiene che il ricorso per violazione di legge sia un mezzo di gravame, il suo accoglimento non produce l'annullamento della sentenza di secondo grado, la quale ormai, quantunque cassata, ha definitivamente tolto alla sentenza del primo giudice la possibilità di diventare l'accertamento del diritto. Cfr. CHIOVENDA, scritti citati nel *Foro it.*, 1912 e 1914.

(84) Il KOHLER, *Zivilp.* cit. pag. 355, dando un breve cenno sulla natura del ricorso per cassazione gli nega assolutamente ogni carattere di mezzo di gravame dicendo che in questo caso la sentenza non perde efficacia in virtù di condizione risolutiva, ma la perde perché gliela toglie un'autorità statuale superiore. Il KOHLER però, come in generale tutti gli scrittori tedeschi, non tiene conto della evoluzione compiutasi nel ricorso per cassazione dalla sua origine fino ad oggi. (Cfr. anche in DERNBURG, VI, 575).

gnativa o di azione di accertamento negativo: in questi casi è chiaro che chi, per far valere un vizio della sentenza, vuol prendere la via del gravame, deve obbedire alle forme ed ai termini di questo mezzo. La questione è un'altra: se, cioè, ove la legge, dopo l'esperimento del gravame o dopo decorso inutilmente il termine per esperimentarlo, ammetta per determinati vizî l'esercizio di azioni contro il giudicato, sia possibile ed opportuno limitare questo esercizio, a somiglianza di quello che avviene per il mezzo di gravame, entro un breve termine perentorio.

La risposta deriverà dal considerare la diversa natura che queste azioni possono presentare nei varî casi.

18. — Le azioni di impugnativa, dirette contro un negozio giuridico o contro una sentenza, hanno, come si sa, natura costitutiva, in quanto mirano a toglier di mezzo un rapporto giuridico esistente, a produrre cioè una variazione nel mondo del diritto. Questo significa che fino al momento in cui l'azione di impugnativa non viene esercitata, il rapporto giuridico, contro il quale essa potrà da un momento all'altro esser diretta, esiste come tale ed esercita come tale i suoi effetti: tantoché se ad un certo punto il diritto di impugnativa viene ad estinguersi, questa estinzione non produce alcuna variazione nel mondo giuridico, non dà vita a un rapporto finora inesistente, ma produce solo la invariabilità di quello stato di diritto, fino ad oggi esistente ed efficace, ma soggetto al pericolo di essere variato per mezzo dell'azione di impugnativa.

Ciò posto, è evidente che limitare l'azione di impugnativa entro un termine breve è giuridicamente possibile e praticamente opportuno: giuridicamente possibile, poiché la decorrenza del termine avrà il significato semplice e chiaro di togliere all'interessato il diritto di far modificare uno stato giuridico esistente, attribuendosi così all'inerzia un puro effetto negativo; praticamente opportuno, perché la limitazione dell'impugnativa entro un termine breve coopererà a produrre il più sollecito raggiungimento della stabilità e della sicurezza nei rapporti giuridici (cfr. la limitazione entro il quinquennio stabilita dal Cod. civ. per le azioni di nullità e di rescissione nei contratti, art. 1300 e segg.).

Deriva da tali considerazioni che nessuna ragione ostacola la possibilità di contenere l'esercizio delle azioni di impugnativa dirette contro la sentenza entro un termine perentorio simile a quello che è proprio ai mezzi di gravame. Noi vediamo infatti che la domanda di rivocazione e il ricorso per cassazione, i quali colle particolarità sopra accennate, hanno natura fondamentale di azioni di impugnativa, sono nella nostra legge limitati entro un termine perentorio (art. 497 e

art. 518 cod. proc. civ.), del tutto simile a quello entro cui, ad esempio, è limitato l'appello. Tanto di fronte ai mezzi di gravame quanto di fronte alle azioni di impugnativa, la prefissione di un termine mira alla stessa meta ultima, che è la certezza del diritto: nel primo caso il termine è posto affinché le parti non possano ritardare in perpetuo il formarsi della cosa giudicata, nel secondo caso affinché le parti non possano in perpetuo produrre una variazione nella cosa giudicata già formatasi.

Quando dunque il nostro legislatore ha voluto limitare entro brevi confini l'esercizio delle azioni di impugnativa contro la sentenza egli ha inteso con ciò di precludere per il futuro l'ulteriore esperimento della stessa impugnativa nelle forme ordinarie delle azioni: egli ha inteso cioè stabilire, *poiché giuridicamente lo poteva*, che i vizî della sentenza che danno luogo a azioni di impugnativa si intendano, decorso il breve termine per l'esercizio di queste azioni, definitivamente sanati.

19. — Di fronte alle azioni di impugnativa che hanno natura costitutiva, le azioni di accertamento hanno natura puramente dichiarativa, in quanto non mirano a portare una variazione nel mondo giuridico, ma solo a togliere la incertezza che può regnare sulla esistenza o sulla inesistenza di un certo rapporto giuridico. L'esercizio dell'azione di accertamento lascia dunque perfettamente invariato lo stato di diritto che esisteva prima: e se tale stato di diritto aveva carattere negativo (per es. inesistenza di un rapporto giuridico efficace), questo carattere negativo perdurerà dopo l'esperimento dell'azione di accertamento, come perdurerà nel caso che tale azione non venga esercitata. L'azione di accertamento mira a fare la luce su ciò che giuridicamente è o non è, ma non a creare o a distruggere rapporti giuridici: negare l'azione di accertamento avrebbe dunque l'effetto di impedire la chiara certezza sul vero stato in cui si trova il mondo del diritto, ma non avrebbe nessuna ripercussione sul mondo del diritto, che resterebbe sostanzialmente immutato.

Queste semplici considerazioni dimostrano la impossibilità giuridica di limitare entro un termine perentorio l'azione di accertamento negativo contro la sentenza. Poiché, come si è avvertito, l'azione di accertamento negativo contro la sentenza può essere fatta valere anche per via di gravame, è indubbio che, ove si voglia esercitarla per tal mezzo, bisognerà seguire le forme e i termini del mezzo di gravame stesso: si tratta qui, invece, di decidere se dal momento in cui tutti i mezzi di gravame contro la sentenza sono preclusi né più sono esperimentabili per decorrenza del termine le speciali azioni di impugnativa che la legge permette contro il giudicato, si debba intendere

inesorabilmente chiusa la possibilità di far dichiarare che la sentenza non impugnata nei termini non ha e non ha mai avuto esistenza e validità di diritto.

Si è visto che la limitazione entro un termine perentorio delle azioni di impugnativa, conduce alla conseguenza, praticamente desiderabile, che allo scadere del termine la sentenza, finora minacciata dal pericolo di esser distrutta, diventi invariabile. Ma quale effetto praticamente utile avrebbe il limitare entro un termine perentorio l'azione di accertamento negativo? Non certo quello di dare alla sentenza, allo scadere del termine, quella esistenza o quella validità giuridica, che essa non ha mai avuto, poiché, come l'esercizio dell'azione di accertamento nulla toglie allo stato di diritto esistente finora, così la mancanza di questo esercizio nulla può aggiungere a ciò che finora è stato giuridicamente inesistente. Se il decorso del termine può far cadere il diritto ad ottenere la variazione di un giudicato (diritto di impugnativa), non potrà mai il decorso del termine fare acquistare esistenza e vigor di giudicato a uno stato di fatto che ne fu privo fin dal suo inizio: è proprio il caso di ripetere qui la massima « *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* ».

Sarebbe dunque un non senso giuridico il sottoporre l'azione di accertamento negativo contro la sentenza ad un termine perentorio, poiché questa limitazione non avrebbe e non potrebbe avere l'effetto pratico di rendere definitiva ed irrevocabile la sentenza inesistente o nulla. Giustamente la dottrina insegna che le azioni di accertamento, che rinascono di nuovo ad ogni istante, come le azioni per divisione della comunione, finché dura lo stato giuridico da accertare, sono, per sé stesse, imprescrittibili (85); e con un ragionamento che dal campo del diritto sostanziale può trasportarsi invariato in quello del diritto processuale, Fadda e Bensa scrivono che l'azione rivolta a far dichiarare inesistente un determinato negozio giuridico « non soggiace a prescrizione perché quel che non ha esistenza legale, il nulla giuridico, può sempre esser fatto dichiarare tale da chi vi abbia interesse » (86).

Contro questa fondamentale proprietà delle azioni di accertamento urterebbe inconciliabilmente la loro limitazione entro il breve

---

(85) Cfr. Kipp in Windscheid, *Lehrbuch*, § 106, vol. I, pag. 549 ed ivi dottrina tedesca; Helmann, *Können Feststellungsklagen verjähren?* in *Arch. für die civ. Praxis*, LXXXIV, 130.

(86) Note al Windscheid, Vol. I, nota 22, pag. 1086. Contro Pugliese, *Prescrizione estintiva*, n. 149. Si intende, come notano Fadda e Bensa, loc. cit. che l'azione di accertamento negativo di un rapporto giuridico può esser resa inutile da un'usucapione compiuta in senso contrario.

termine dei mezzi di gravame o delle azioni di impugnativa: il termine rappresenta, di fronte al mezzo di gravame, l'elemento che, aggiunto alla pronuncia del primo giudice, produce il giudicato; il termine significa, di fronte alle azioni di impugnativa, la sparizione della minaccia che incombeva finora su tale giudicato; ma di fronte all'azione di accertamento negativo, che mai significherebbe il termine? L'inutile divieto di far la certezza sulla inesistenza del giudicato, seguito dal perdurare nel mondo giuridico di questo stato di inesistenza, perpetuamente insanabile.

20. — Possiamo dalle cose dette trarre ormai, concludendo, un principio generale: *la legge può stabilire che dentro un breve termine, simile a quello posto per l'esercizio del mezzo di gravame, si sanino definitivamente i vizî della sentenza ai quali corrisponde un'azione di impugnativa (azione costitutiva), non quelli ai quali corrisponde un'azione di accertamento negativo.*

§ 5. — Conclusioni.

21. — È tempo di ritornare al problema specifico posto all'inizio di queste indagini: se cioè possa la legge volere che, esauriti tutti i mezzi ordinarî e straordinarî per impugnare una sentenza, *tutti* i vizî di essa si debbano considerare sanati. I principî sopra esposti rispondono di no, in quanto non è concepibile sanabilità dei vizî, a far valere i quali possa bastare una semplice azione di accertamento.

Tornando ora alla classificazione già fatta dei vizî della sentenza, noi troviamo che per via di accertamento possono esser fatti valere due tipi di vizî, cioè quelli che importano mancanza di elementi costitutivi (inesistenza del giudicato) e quelli che importano in una sentenza esistente mancanza dei requisiti di validità necessarî a produrre la cosa giudicata nei processi futuri (nullità del giudicato).

Che il decorso del termine non possa di una sentenza giuridicamente inesistente fare una entità giuridica, è verità incontrovertibile e incontroversa; anche i più assoluti fautori della teoria che nega la nullità della sentenza, ammettono che per difendersi da quell'apparente sentenza che non ha le condizioni per esistere giuridicamente, non occorre alcun mezzo di gravame: il Lessona (87) da noi, il Garsonnet (88) in Francia, l'Hellwig (89) per il processo civile e il

(87) Scritto citato n. V.
(88) *Traité de proc. civ.* vol. V, § 1978.
(89) *System*, I, § 174, II.

KROSCHEL (90) per il processo penale in Germania ammettono che la sentenza pronunciata da chi non è rivestito di giurisdizione non può mai, per quanto non impugnata nel termine, avere effetti giuridici. Infatti sarebbe assurdo pensare che la pronuncia emanata per burla da un privato (si ricordi (91) la sentenza di Porzia contro Shyloch!) potesse trasformarsi in una sentenza capace di accertare autoritativamente il diritto, solo perché contro di essa non si sono esperimentati quei reclami che si devono esperimentare contro le vere sentenze! Una limitazione al diritto di far accertare la irrilevanza giuridica di un simile scherzo sarebbe inconcepibile; ad ogni modo, poiché per ottenere il giudicato occorrono due elementi, la pronuncia del giudice e la decorrenza del termine per impugnarla, non potrebbe bastare la presenza di un solo elemento cioè del termine, per creare dal nulla il giudicato. È assurdo parlare di sanabilità della inesistenza: si sana il vivente messo in pericolo da una malattia, non si sana il morto, o per dir meglio, il non nato!

Ma se si ammette che la preclusione delle impugnative non può sanare la sentenza inesistente, bisogna ammettere, poiché le ragioni sono le stesse, che questo decorso non può sanare neppure la sentenza *nulla*, cioè quella che esiste nel processo, ma che non ha idoneità a produrre la incontrovertibilità nel futuro del rapporto deciso.

Tra i diversi casi di sentenze in questo senso nulle, l'esempio da me scelto di una pronuncia assolutamente incerta o contenente un precetto addirittura impossibile, è quello che più si adatta alla dimostrazione. Simile assoluta inidoneità della sentenza giuridicamente esistente a portare col suo contenuto la certezza giuridica nella controversia non è un vizio intervenuto nell'antefatto della sentenza, cioè nella sua costruzione processuale, il quale possa reagire dietro un'impugnativa sulla validità del giudicato, ma lasci, se non è rilevato, sussistere una sentenza capace di raggiungere lo scopo della giurisdizione: qui, al contrario, il vizio produce la inefficacia della pronuncia per il solo fatto che esso è presente; non è un vizio che si sia esaurito nell'atto stesso in cui veniva compiuto, ma è un vizio di carattere continuativo e permanente: onde, quand'anche si fosse preclusa l'azione di accertamento che compete per far dichiarare la conseguenza giuridica del vizio, non per questo la sentenza diventerebbe meno imperfetta di quello che è. Una sentenza che condanni a

---

(90) Scritto citato, pagg. 160-161. Anche i motivi al § 518 (oggi § 579) della C.P.O. germanica (non della C.P.O. *austriaca*, come scrive il CALDA, pag. 383, nota 1!) considera questo come un caso di inesistenza (HAHN, *Materialien*, I, pag. 379).

(91) WACH, *Urteilsnichtigkeit*, pag. 408.

pagare « *quantum debetur* » non adempie al suo ufficio di sentenza, che consiste appunto nel decidere « *quantum debetur* »; in questo caso si ha una decisione che non decide, una incertezza risolta con un'altra incertezza. Si può ora dire seriamente che il vizio irrimediabile che inquina questa sentenza, si sana, cioè, cessa di esistere, solo perché questa sentenza non è stata attaccata coi mezzi di gravame né cogli altri mezzi straordinarî d'impugnativa? Forseché il decorso dei termini di gravame e di impugnativa pone al posto della incertezza che è inerente al dispositivo suddetto un altro dispositivo dotato di maggior determinatezza? In verità, se il decorso del termine non può render la esistenza giuridica a uno stato di fatto che non l'ha mai avuta, non si può ammettere neppure che il decorso del termine possa riuscire a dar parola e significato a una sentenza giuridicamente muta e insignificante. Se, quando alcuno si vede minacciato dalla pronuncia emessa contro di lui da un privato che usurpa la veste di giudice, sarebbe una insopportabile ingiustizia negargli la possibilità di fare in qualunque tempo accertare la irrilevanza giuridica della pronuncia che lo minaccia, più enorme sarebbe, per un formalismo a oltranza, voler sostenere che anche la sentenza incerta acquista, dopo decorso il termine delle impugnative, la forza di cosa giudicata sostanziale. In verità, se ciò si dovesse ammettere, l'accertamento del diritto, prodotto dalla cosa giudicata consisterebbe soltanto nel rendere definitivo e incontrovertibile lo stato di incertezza giuridica del rapporto sottoposto a decisione!

Il motivo tolto dalla ragione giuridica della cosa giudicata, istituto sorto dalla necessità di decidere in modo pratico le controversie per portare la sicurezza sui rapporti dedotti in lite; il motivo di ragione comune secondo il quale una sentenza, il cui dispositivo è incomprensibile o insignificante oggi, non può diventare chiara ed espressiva domani per il decorso di un termine, mostrano che la regola generale per cui i vizî della sentenza si sanano col precludersi delle impugnative, se non vale per i casi di inesistenza del giudicato, non può valere neppure per i casi di nullità del giudicato esistente. E se la preclusione delle impugnative crea la cosa giudicata in senso formale, la cosa giudicata sostanziale potrà formarsi soltanto quando il contenuto della sentenza sia per sé stesso idoneo a formarla.

22. — Una minuziosa indagine storica sull'argomento confermerebbe pienamente il mio assunto, mostrando che nel diritto romano, ove, prima che sorgesse l'appello, non si ebbe il concetto di annullabilità (azione costitutiva), ma solo quello di inesistenza della sentenza (azione di accertamento negativo), l'introduzione del mezzo di gravame non ebbe alcun influsso su quei vizî che producevano la inesi-

stenza del giudicato e non produsse quindi alcuna sanabilità di essi colla decorrenza del termine dato per appellare; che nel diritto intermedio, quantunque l'influsso germanico trasformasse quasi tutti i motivi di inesistenza del giudicato in motivi di annullabilità (ai quali corrisponde una vera azione di impugnativa, *querela* o *actio nullitatis*, e non un'azione di accertamento negativo), restarono sempre alcuni *defectus iuris naturalis*, alcune *nullitates insanabiles*, di fronte alle quali la sentenza non era *annullanda* ma *nulla* (92) (talché, mentre nel primo caso occorreva un'azione costitutiva, « *sententiam debere irritari* », nel secondo bastava un'azione di semplice accertamento, « *sententiam declarari nullam* ») (93) e in questo caso la preclusione delle impugnative lasciò sopravvivere il vizio; che perfino in Francia, dove fu canone tradizionale che le nullità devevano rilevarsi per via di appello (94), in pratica vediamo numerosi i casi di vizî che sopravvivono al giudicato, e lo stesso BEAUMANOIR, ancor così vicino al principio germanico della *Urtheilsschelte*, dopo aver posto la regola che se il soccombente « *n'apele tantost, il convient que le jugement soit tenus pours bons, quix qu'il soit* » (95), ammette però che, se la sentenza è data dal signore assistito da un tribunale irregolarmente composto, il condannato può dirgli semplicemente: « *Sire, je ne tieng pas ce que vous feré por jugement... Et ce que vos volés fere contre le costume ne pot ne ne doit valoir... Et ainsi s'ostera il de tel maniers de jugements sans apel* » (96).

---

(92) HOSTIENSIS, *Summa*, Lib. II, Rub. *De sententia* n. 2 Addit. *Diffinitiva*, Cfr. SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde*, cit. pag. 127.

(93) VANZI, *De nullitatibus*, VI, nn. 56-86. Cfr. KOHLER, *Prozess und Nichtprozess*, pagg. 132-133.

(94) REBUFF, *Tract. de appellationibus* art. 11 Glossa II, n. 19; THOLOSANUS, *Tract. de app.* lib. II, cap. 16, n. 5; *Le Grand Coustumier* annotato da CHARONDAS, Paris, 1578 (Lib. III, cap. 27, pag. 469) « *Si le juge pronunce aucune sentence, qui d'elle mesme soit nulle, et la partie contre qui la sentence est donnée n'en appelle, icelle partie, ne pourra faire poursuite sur la nullité d'icelle sentence, puis qu'elle n'en aura appelé* ». SCACCIA, *De appel.* quest. XVII lim. 9 n. 6; FABRO, *Codex* lib. VII, Tit. 27 Def. 13; D'ESPEISSES, *Traité de l'ordre judiciaire* (in *Oeuvres*, II, vol. 2°, ed. 1750 - Tit. XII, Sect. 1. n. 1); JOUSSE, *Nouveau Commentaire sur l'Ordon.* 1667 (Nouv. ed., Paris, 1767), Tit. I, art. VIII; MERLIN, *Repertoire* v. *Nullité* § VII etc.

(95) *Les coustumes du Beauvoisis*, ed BEUGNOT (Paris, 1842) cap. LXI (Vol. II, pag. 368) n. 38.

(96) Ibid. cap. LXVIII, n. 16 (II. 464); cfr. per altri casi di nullità, ivi nn. 28, 29, 31, 32. Che non tutte le nullità erano sanate dall'appello nell'antico diritto francese è insegnamento ripetuto; cfr. *Le grand Coustumier* cit., pag. citata e seguenti; e SCHWALBACH, *Der Zivilprozess des Pariser Parlaments* (Freiburg und Tübingen, 1881) § 23.

23. — La verità è che nessuna legislazione, anche quelle dominate dal principio germanico della validità formale della sentenza, anche quelle modernamente inspirate ad accelerare il termine delle liti ed a raggiungere colla maggiore sollecitudine la certezza sul giudicato, possono sottrarsi alle leggi della ragione e della logica (97); e, in obbedienza a queste, deve la scienza ammettere, sia pure nella misura più ristretta possibile, che anche dopo la preclusione dei mezzi di impugnativa, sussistano delle sentenze affette da nullità insanabile.

Per ciò che si riferisce alle sentenze inesistenti, non v'ha discordia; ma questo mio studio mira a portare un contributo sul punto ancora controverso, cioè sulla possibilità nel nostro diritto di sentenze esistenti processualmente, ma sostanzialmente nulle. Per questa categoria di sentenze, ho voluto dimostrare che la preclusione delle impugnative non può aver l'effetto di sanare la loro invalidità: se la materiale incapacità a produrre la incontrovertibilità del rapporto controverso si fa valere, in sé considerata, con un'azione di accertamento negativo (retro, n. 9); se la preclusione delle impugnative non vale a sanare i vizî che si possono far valere con una semplice azione di accertamento negativo (retro, n. 19); — bisogna logicamente concludere che, anche nel nostro diritto, la nullità sopravvive alla preclusione dei mezzi, ordinarî e straordinarî, per impugnare la sentenza.

Con questo non sono giunto a stabilire quali siano nel nostro diritto da una parte i casi di annullabilità (azione di impugnativa), dall'altra i casi di inesistenza e di nullità della sentenza (azione di accertamento negativo): questa potrà essere una indagine ulteriore. A me basterebbe qui esser riuscito a dimostrare che, come si ha nel nostro diritto almeno un caso di sentenza inesistente, la cui inesistenza sopravvive alla preclusione delle impugnative, così si ha almeno un caso di sentenza processualmente esistente, ma nulla nel contenuto (sentenza incerta o impossibile), il difetto della quale non può esser sanato dal decorso di un termine.

Scopo di questa indagine è stato solamente quello di eliminare dalla polemica l'argomento capitale portato da chi nega la possibilità di sentenze assolutamente nulle nel nostro diritto: l'argomento, cioè, consistente nell'asserire che i vizî della sentenza e i mezzi per impugnarla sono due termini rigorosamente inscindibili. Il che non toglie che la questione possa per avventura esser risolta diversamente in base ad altri argomenti: ma dubito assai che ve ne siano.

---

(97) WACH, *Nachlese zur Urteilsnichtigkeit*, pag. 366.

IV

SULLA DISTINZIONE TRA « ERROR IN JUDICANDO » ED « ERROR IN PROCEDENDO » (*)

SOMMARIO: 1. Critica del Beling alla distinzione tra *error in iudicando* ed *error in procedendo*. — 2. Analisi dell'*error in procedendo*. — 3. Id. dell'*error in iudicando*. — 4. Confronto fra i resultati di queste due analisi. — 5. Speciale importanza che ha l'*error in iudicando* in rapporto alla funzione giurisdizionale. — 6. Irrilevanza giurisdizionale del giudizio che precede l'*error in procedendo*. — 7. Effetti dell'*error in iudicando* sulla giurisprudenza. — 8. *Error in iudicando* relativo a legge processuale. — 9. Terminologia: « inesecuzione di legge » ed « erronea dichiarazione di legge ».

1. — La distinzione, che pareva ormai per pacifica tradizione acquisita alla scienza processuale, tra *error in procedendo* ed *error in iudicando*, ossia, per usare una locuzione italiana equivalente suggerita dal CHIOVENDA (1), tra *vizî di attività* e *vizî di giudizio*, è stata recentemente sottoposta a un'acuta critica da parte del BELING (2), e da lui dichiarata inesatta e vuota di contenuto. Il BELING è un penalista, e mantiene le sue indagini nell'ambito del processo penale; ma il suo ragionamento può senza alcuna modificazione riferirsi anche al processo civile. Per questo me ne occupo.

Ecco, all'ingrosso, le argomentazioni sulle quali si appoggia la critica suddetta.

La contrapposizione degli *errores in iudicando* agli *errores in procedendo*, dice il BELING, muove da una creduta diversità tra due

---

(*) [Pubblicato in *Il Diritto commerciale* (Torino), S. II, vol. IX, 1917, pagg. 57-72; ristampato in *Studi*, I, pagg. 213-230; tradotto in lingua spagnola da A. LUNA, in *Revista de Tribunales* (Sevilla), gennaio-marzo 1931, pagg. 1 e segg. e da S. SENTÍS MELENDO, in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el Proceso Civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pagg. 165-180]. [*Bibliografia*, nn. 38, 173 a, 298].

(1) *Principii*, 3ª ed., pag. 893 e seg., 1023 e seguenti. Cfr. anche il mio scritto *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, n. 4.

(2) *Revision wegen « Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren »*, in *Festschrift für* BINDING (Leipzig, 1911), vol. II, pag. 87 e segg.

specie di norme giuridiche che il giudice, esercitando la sua attività nel processo, si troverebbe a violare: alcune sarebbero norme *di diritto processuale*, destinate a indicare al giudice il modo di regolare la sua condotta durante il processo (*in procedendo*); altre sarebbero norme, *per lo più di diritto sostanziale*, destinate ad essere applicate nella sentenza per la decisione del rapporto litigioso di merito (*in iudicando*). Ora, prosegue il BELING, questa diversità tra due specie di norme giuridiche, e la conseguente diversità tra due specie di violazione di legge, non esiste in realtà: perché il giudice come tale non può commettere alcuna violazione di legge che non sia violazione di legge processuale (*in procedendo*). E infatti, affinché si abbia *violazione di legge*, occorre che al precetto posto dalla norma giuridica non corrisponda in fatto l'attività di colui al quale la norma stessa direttamente si rivolge: una legge, in altre parole, non può essere violata che dal suo cosiddetto *destinatario*. Ma, tutte quante le norme che si rivolgono al giudice, per regolare in qualche modo la sua condotta nel processo (e, di conseguenza, le sole norme che il giudice, come tale, può violare), sono norme di diritto processuale: dimodoché quando il giudice, nel giudicare, non applica al rapporto controverso una certa legge sostanziale che avrebbe dovuto esservi applicata, non viola con ciò questa legge sostanziale, di cui egli non è il destinatario, ma viola quella norma, espressa o sottintesa, di diritto processuale, che si rivolge a lui per imporgli di decidere la lite in base a quella tal legge sostanziale, ossia una norma che, come tutte le altre norme processuali, determina come deve svolgersi nel processo l'attività del giudice.

Questa è, nella sua sostanza, l'argomentazione del BELING, il quale ne trae la conclusione che gli errori commessi dal giudice nel processo sono tutti e sempre *errores in procedendo* (3). E tale argomentazione così stringente lascia da principio come un senso di stupita umiliazione nel lettore, il quale si meraviglia che la dottrina processuale di più secoli, a partire dal nostro ABATE PALERMITANO (4), abbia per tanto tempo accettato a occhi chiusi questa tal distinzione, la quale con tanta semplicità si dimostra basata su un grossolano equivoco.

Ma poi vien fatto di procedere ad una più sottile analisi della questione: ed allora si scopre che, se non tutto il torto sta dalla parte del BELING, neppure sta nella sua critica tutta la ragione.

---

(3) Scritto citato, § 5, specialmente pagg. 130-135. Cfr. anche BINDING (dal quale il BELING prende le mosse), *Die Normen und ihre Uebertretung* (2ª ed., Leipzig, 1890) I, pag. 15 e seg., 292 e segg.

(4) Cfr. il mio scritto: *La teoria dell'« error in iudicando »*.

2. — Cominciamo ad analizzare che cosa accade nel mondo giuridico quando il giudice commette una di quelle violazioni di legge processuale che finora i processualisti qualificavano per un *error in procedendo.*

Anche le norme del diritto processuale, come in genere tutte le norme giuridiche, sono proposizioni ipotetiche, le quali regolano in astratto tutta una indeterminata serie di casi che abbiano certi speciali estremi giuridici: anch'esse, dunque, possono, con maggiore o minore facilità verbale, essere tutte quante scomposte in due membri, il primo dei quali pone come condizione il prodursi di una certa fattispecie, mentre il secondo stabilisce come conseguenza l'effetto giuridico che, dal verificarsi di quella tale fattispecie, viene a prodursi (5). Accade dunque, anche per il diritto processuale, che quella volontà astratta contenuta ipoteticamente nella norma, si trasforma in una volontà concreta, in un singolo e specificato comando, tutte le volte che nella realtà venga a verificarsi quello stato di fatto che la norma contempla. Ora, siccome le norme di diritto processuale, al contrario di quelle di diritto sostanziale, sono state poste dal legislatore in previsione del processo, e quindi, senza essere una mera istruzione d'ufficio (6), si rivolgono *direttamente* anche al giudice per regolare la sua condotta nel processo, può accadere che, quando si verifichi nel processo la fattispecie che una norma di diritto processuale suppone, nasca una concreta volontà di legge di cui *unico destinatario* sia il giudice, un comando diretto *singolarmente al giudice* allo scopo di regolare in un certo modo, positivo o negativo, la sua condotta; in questo caso, se il giudice non ottempera all'immediato comando che la legge gli dirige, se agisce in modo diverso da quello che gli impone la volontà della legge, divenuta concreta per lui, commette quella violazione di legge che tipicamente si chiama un *error in procedendo* (7).

I casi possono essere svariatissimi, ma il loro schema giuridico è uno. Prendiamo una qualunque disposizione della procedura civile, che ci venga sott'occhio ad apertura di codice: l'articolo 318, ad esempio, il quale prescrive che *non può essere pronunciata sentenza*

---

(5) Hellwig, *Lehrbuch*, II, pag. 162. Cfr., anche il mio scritto *Genesi logica della sentenza civile*, n. 13.

(6) Wach, *Handbuch*, I, pag. 186; Hellwig, *Lehrbuch*, II, luogo cit.

(7) Un *error in procedendo* può consistere anche in una inesecuzione di norma processuale commessa da una parte, e ripercuotersi poi, per la necessaria concatenazione degli atti processuali, su tutto il rapporto processuale e sulla sentenza. Qui suppongo sempre che l'*error in procedendo* sia imputabile direttamente al giudice, per stabilire un più evidente confronto coll'*error in iudicando*, che non può esser commesso altro che dal giudice.

in causa di falso, se non sentito il ministero pubblico. È questa una norma astratta ed ipotetica, dalla quale, quando si avvera nella realtà l'ipotesi che « sia portata una causa di falso dinanzi al giudice civile », nasce per il giudice il comando concreto di « non sentenziare se non sentito il ministero pubblico ». Se il giudice non conforma la sua condotta a questo comando, e pronuncia la sentenza senza provocare le conclusioni del pubblico ministero, il giudice *non esegue* quello che la legge direttamente gli impone: diremo dunque che la violazione di legge che la dottrina tradizionale chiama *error in procedendo*, consiste semplicemente in una « inesecuzione » da parte del giudice di una norma processuale a lui diretta, per la quale viene a prodursi una non coincidenza della condotta del giudice con quella condotta che la norma stessa avrebbe richiesta da lui.

3. — Esaminiamo ora se, in quei casi che la dottrina faceva rientrare finora sotto il concetto di *error in iudicando*, le cose si svolgono proprio in questo modo.

Cominciamo col rilevare che, in questa seconda ipotesi, la violazione di legge commessa dal giudice ha, per dire così, un *antefatto*, il quale si svolge, di regola, fuori del processo, in quel mondo giuridico extra-processuale che si trova disciplinato dalle norme del diritto privato sostanziale. Il rapporto giuridico controverso, infatti, prima di essere portato alla decisione del giudice, ha avuto una sua genesi ed una sua storia fuori del processo: e siccome i destinatarî delle norme di diritto sostanziale sono i privati cittadini e non il giudice come tale (8), il rapporto controverso viene sottoposto a giudizio quando già nel mondo del diritto privato è sorta a favore di un soggetto di questo rapporto e contro l'altro soggetto una volontà di legge diretta e concreta, che il giudice deve limitarsi puramente e semplicemente ad accertare. Supponiamo, ad esempio, che Tizio abbia contratto un'obbligazione a favore di Caio, e che poi non l'abbia adempiuta esattamente: in questo caso la fattispecie supposta in astratto dall'articolo 1218 del codice civile si è verificata nella realtà, e la volontà contenuta ipoteticamente in detto articolo si è concretata in una tesi determinata e singolare, attraverso la quale comanda direttamente a Tizio: « tu sei tenuto al risarcimento dei danni a favore di Caio ». Questo, prima che il processo sia nato e indipendentemente dal giudizio; al quale Caio ricorrerà non per far nascere a proprio favore una concreta volontà di legge che dalla norma astratta non sia ancor nata,

---

(8) Molto chiaramente, anche qui, HELLWIG, *Lehrbuch*, II, § 92, I, n. 2 e segg. Cfr. anche il mio scritto *Vizî della sentenza*, ecc. n. 8.

ma per fare puramente e semplicemente accertare ed attuare quel comando positivo diretto a Tizio, nel quale già la norma astratta, per sua natura e senza attendere l'accertamento del giudice, si è concretata (carattere *dichiarativo* della sentenza) (9).

Ciò premesso, guardiamo che cosa accade quando questo rapporto controverso viene portato nel processo, per l'attuazione giurisdizionale di quel comando concreto che Tizio non vuole volontariamente eseguire. Il giudice, si sa, non ha facoltà di scegliere a suo libito la soluzione della lite, ma deve limitarsi a volere quello che la legge vuole: idealmente, dunque, siccome il giudice deve limitarsi a riconoscere una volontà di legge già nata, ossia a dar conto di un fenomeno giuridico *già avvenuto* nel passato, la sua sentenza non può essere che una, poiché — è intuitivo — i fenomeni già avvenuti non possono essere avvenuti che in un modo solo. La condotta del giudice, adunque, durante quell'attività riassuntiva e conclusiva di tutto il processo, che è il *giudicare*, non è libera, ma è vincolata dall'obbligo di giudicare secondo la legge sostanziale, di dichiarare come volontà di legge concreta proprio quella tal volontà di legge ch'è nata in precedenza, e non già un'altra qualunque ad arbitrio. In altre parole, anche quando il giudice, alla fine del processo, si raccoglie in sé stesso per trarre da una serie di sillogismi la sua sentenza, trova che, anche in questo lavoro interiore di ragionamento, una norma processuale si rivolge a lui per disciplinare la sua condotta, e gli ripete il monito del Capitolare franco: *Iudices secundum scriptam legem iuste iudicent, non secundum arbitrium suum* (10). Questa norma, la quale in alcune legislazioni trovasi codificata (11), ma che esiste indubbiamente, come dogma fondamentale del processo, anche in legislazioni che non la registrano tra le disposizioni espresse, ha, come tutte le altre norme, carattere generale ed astratto; ma quando si verifica la fattispecie ch'essa contempla (cioè la introduzione in giudizio di un rapporto giuridico controverso) essa si concreta e si specializza nel comandare al giudice di decidere secondo quel tale determinato articolo che si adatta al caso in questione. Nell'esempio dato, si può dunque pensare che al giudice in procinto di decidere la controversia fra Tizio e Caio, la legge parli all'ingrosso così: « Tu devi decidere che a favore di Caio si verifica la conseguenza voluta dall'art. 1218 del codice civile ».

Ma — ed eccoci con questo all'*error in iudicando* — il giudice, o per le difficoltà di raccogliere gli elementi di fatto, o per ignoranza

---

(9) Chiovenda, *Principii*, 3ª ed., pag. 910, nota, 1, ed ivi riferimenti.

(10) *Capitulare missorum generale*, an. 802, ed. Boretius, I, 96.

(11) Si ricordi il § 1 della *G. V. G.* germanica.

del diritto, o per qualunque altra ragione, sentenzia erroneamente che « Tizio *non* è tenuto al risarcimento dei danni in favore di Caio ». Con questo egli viene a trasgredire a quel concreto comando che la legge processuale rivolgeva direttamente a lui, indicandogli come avrebbe dovuto giudicare; anche qui, dunque, la violazione di legge commessa dal giudice consiste anzitutto in una « inesecuzione » di una norma processuale a lui diretta: tale e quale come nell'*error in procedendo*.

Ma qui, nel caso dell'*error in iudicando*, v'è qualcosa di più che nel semplice *error in procedendo* non v'era; vi è qualcosa di più della non coincidenza della condotta del giudice con quella condotta che la norma processuale avrebbe richiesta da lui. V'è, qui, come conseguenza della difettosa attività del giudice, una ulteriore non coincidenza tra la concreta volontà di legge che veramente è nata fuori del processo nel rapporto giuridico vertente tra Tizio e Caio (« Tizio è tenuto al risarcimento dei danni a favore di Caio ») e la conclusione contenuta nella sentenza (« Tizio *non* è tenuto al risarcimento dei danni a favore di Caio »); v'è, in altri termini, un assoluto contrasto tra quello che la legge comanda fuori del processo e quello che nel processo il giudice comanda in nome della legge (12).

Diremo, dunque, che il giudice commetta con questo una violazione — nel senso di « inesecuzione » — anche della norma di diritto sostanziale che regola il rapporto controverso, una violazione di quell'art. 1218 che imponeva a Tizio di rifondere i danni a Caio? No certo, ché l'art. 1218 poteva esser violato soltanto dal suo destinatario, cioè da quel Tizio che effettivamente lo ha violato, quando non ha eseguito il concreto comando da esso derivante. Ma non si può negare che questo vizio di attività, commesso dal giudice nel giudicare, porta con sé un effetto che il vizio di attività commesso dal giudice in tutti gli altri momenti del procedimento non avrebbe prodotto: la non coincidenza, cioè, della volontà concreta di legge colla volontà espressa dal giudice nella sentenza.

4. — Tanto l'*error in procedendo* quanto l'*error in iudicando* consistono dunque, come vuole il Beling, nella inesecuzione di una norma processuale diretta al giudice; ma l'*error in iudicando* produce in sovrappiù un effetto che non può mai esser causato dall'*error in procedendo*, e che nell'ordine giuridico introduce un turbamento incompa-

---

(12) Che poi, praticamente, questo contrasto non si possa accertare se non con un altro giudizio, poiché la volontà concreta di legge non si manifesta in modo materiale ed esteriore nel mondo giuridico se non attraverso la sentenza, questa è un'altra questione, su cui vedi il mio scritto: *Vizi della sentenza*, ecc., n. 8, ed i citati ivi.

rabilmente più grave di quello che può derivare da un semplice *error in procedendo*. Invero, se consideriamo il turbamento che si produce nell'ordine giuridico quando il giudice durante il processo agisce in modo diverso da come una regola giuridica direttamente gli prescrive (come nell'esempio portato sopra, n. 2), vediamo che questa sua « inesecuzione di legge » non è, né per natura né per portata, diversa da quella che può esser commessa da qualsiasi funzionario dello Stato, anzi, per dir meglio, da qualunque cittadino: il giudice che non sente il pubblico ministero quando dovrebbe sentirlo, viola (ossia « non esegue ») la legge, come la viola l'amministratore che nell'esercizio delle sue funzioni omette di compiere un atto che il suo dovere d'ufficio gli impone, come la viola il cittadino che non adempie l'obbligazione nata a suo carico da una norma di diritto privato. L'effetto che queste diverse inesecuzioni di legge producono, ha sempre gli stessi caratteri: è un effetto *semplice*, inquantoché una sola è la volontà di legge che viene a trovarsi inappagata, ed è un effetto *transeunte*, inquantoché la violazione si consuma nel momento stesso in cui si produce.

Ma se consideriamo, ora, le conseguenze che nel mondo giuridico porta un *error in iudicando*, vediamo che sì, anche qui, si ha prima di tutto l'inesecuzione da parte del giudice di una regola di condotta a lui diretta; ma il carattere tutto proprio di questa inesecuzione ci appare ben chiaro soltanto quando pensiamo alla natura specialissima dell'attività che quella regola di condotta mirava a disciplinare. Tale attività consiste in un *giudicare*: e giudicare, come si è visto, significa dichiarare l'esistenza di determinate volontà di legge. Ora quando il giudice commette un *error in iudicando*, viene appunto a non eseguire una volontà di legge processuale a lui diretta, che gli comandava di dichiarare nella sua sentenza una certa volontà di legge sostanziale diretta ai soggetti del rapporto litigioso; talché la inesecuzione del precetto processuale di cui il giudice è destinatario, porta con sé la conseguenza che la volontà di legge relativa al rapporto sostanziale viene a trovarsi non dichiarata, non riconosciuta dalla sentenza. L'effetto dell'*error in iudicando* è dunque *duplice*, in quanto è, da una parte, « inesecuzione » della volontà di legge processuale e, dall'altra, « erronea dichiarazione » della volontà di legge sostanziale; ed è *continuativo*, in quanto lascia per l'eternità, nella sentenza, dichiarato con forza di cosa giudicata come volontà di legge quello che in realtà la legge non ha voluto.

5. — La gravità dell'*error in iudicando* deriva insomma, senza tanti ragionamenti difficili, dall'essenza stessa della funzione giurisdizionale. Una semplice inesecuzione di legge, qual'è l'*error in procedendo*,

chiunque la può commettere; ma un *error in iudicando* non lo può commettere che il giudice, perché soltanto al giudice lo Stato attribuisce l'ufficio di dichiarare con forza incontrovertibile le volontà concrete del diritto. Se l'*error in iudicando* ha una fisionomia tutta sua propria, che vieta di confonderlo con semplici inesecuzioni di legge, ciò deriva da quella speciale autorità che lo Stato riconosce alle pronuncie del giudice, il quale da quel comando astratto, da quella indeterminata forza imperativa che si trova in ogni regola di diritto, ha assunto il potere di comandare in concreto, di dare alle proprie decisioni l'assoluta indiscutibilità che costituisce la sostanza della cosa giudicata. Quando il giudice « giudica », fa qualcosa di più che eseguire una volontà di legge: egli parla in nome della legge, egli dichiara ciò che la legge vuole; quando il giudice erra *in iudicando*, fa qualcosa di più che non eseguire una volontà di legge: egli fa dire alla legge quello che la legge non vuol dire, egli abusa del potere di comando che lo Stato gli affida per dar forza di legge a quello che è la negazione della vera volontà della legge.

Finché il giudice si limita a commettere qualche inesecuzione di legge nel procedimento anteriore alla sentenza, egli non abusa in alcun modo, con questi vizî di attività, di quello speciale potere pubblico di comando che lo Stato gli affida, né si vale di questa sua autorità per coprire e per contestare l'inesecuzione di legge da lui commessa; ma quando il giudice si sottrae nel giudicare alla norma che gli impone di decidere secondo il diritto oggettivo, egli viene poi, coll'autorità della cosa giudicata che la sua pronuncia assume anche se erronea, a dar parvenza di legittimità a quella sentenza che è il risultato della inesecuzione di una norma giuridica. Non solo, adunque, c'è nell'*error in iudicando* un fatto illegale (inesecuzione di una norma processuale), ma insieme l'erronea dichiarazione ufficiale della sua legalità!

6. — Il ragionamento in apparenza molto acuto che fa il Beling (il quale può esser riassunto in questa formula di facile intelligenza: « anche il giudizio è un'attività, *ergo* i vizî del giudizio sono vizî di attività ») è dunque inspirato a un soverchio semplicismo, che trascura ciò che nell'attività del giudice v'è di così caratteristico, da impedir ch'essa vada confusa con ogni altra forma di attività.

Seguendo il metodo di dimostrazione che adotta il Beling, io potrei con uguale apparenza di fondatezza sostenere che gli *errores in procedendo* sono in realtà tutti quanti *errores in iudicando*: imperocché il giudice, che è un essere pensante e che, come tale, agisce soltanto in base a una deliberazione interiore, ogni volta che commette quelle inesecuzioni di precetti processuali che la dottrina qualificò

finora per *errores in procedendo*, la commette perché nel ragionamento precedente al manifestarsi esterno della sua attività si è ingannato nel giudicare quale questa sua attività doveva essere, ed è caduto quindi in un errore di giudizio, causa determinante del successivo errore di attività. Ma questo sarebbe evidentemente un sofisma: poiché la deliberazione interiore che il giudice compie prima di eseguire qualunque azione non è che l'esercizio di quella facoltà di ragionamento, che guida in ogni contingenza la condotta degli esseri ragionevoli e che si chiama « giudizio » in senso volgare; ma non è già una manifestazione di quel giudicare in senso tecnico, che porta con sé la dichiarazione obbligatoria di una volontà concreta di legge.

7. — Il diverso valore che, dal punto di vista processuale, hanno comparativamente il lavoro logico che il giudice compie nel dar la sua sentenza e quel ragionamento, di cui ora ho discorso, che deve precedere naturalmente ogni suo atto, appare nella disposizione, comune oggi a tutte le leggi processuali, che impone al giudice di dare nella sentenza i motivi di fatto e in diritto della sua decisione (Codice proc. civ., art. 360, n. 6). Tale disposizione esige che il giudice renda conto, sia pure in modo sommario e schematico, delle ragioni che *in iudicando* lo hanno portato a ritenere esistente quella tale concreta volontà di legge ch'egli ha dichiarato in sentenza; ma mai tale disposizione si è sognata di richiedere al giudice ch'egli dia conto dei motivi che lo hanno condotto *in procedendo* a determinare la sua condotta in questo piuttosto che in quel modo: ch'egli giustifichi, per esempio, perché mai, nell'iniziare l'esame di un testimone, gli abbia rivolto una ammonizione sull'importanza del giuramento!

Da questo speciale interesse che la legge processuale attribuisce alla manifestazione dei motivi che hanno determinato il giudice *in iudicando*, nasce in pratica un'altra differenza tra l'*error in procedendo* e l'*error in iudicando*; poiché questo può avere una indiretta ripercussione sul diritto oggettivo che quello non potrà mai avere. Mi spiego: la cosa giudicata, si sa, non si estende ai motivi della sentenza; ciò che passa in giudicato e diventa quindi incontrovertibile è quella volontà concreta di legge che il giudice, a conclusione del suo ragionamento, dichiara esistente, è quell'atto di comando singolo e specializzato col quale il giudice risolve il rapporto litigioso. Se in quel giuoco di sillogismi, talvolta assai complicato, che il giudice deve compiere per pervenire alla sentenza, egli è tratto a interpretazioni generali della norma giuridica, ad affermazioni giuridiche in astratto con carattere di massima (saranno le *propositiones maiores* dei suoi sillogismi), questo non significa che tali proposizioni generiche esposte poi nella motivazione della sentenza possano passare in giudicato, o, per

dir meglio (poiché la cosa giudicata è un fenomeno limitato a un singolo rapporto giuridico, e non si può neanche concepire ch'essa si possa estendere a delle affermazioni destinate a regolare una serie indeterminata di rapporti futuri!) ch'esse possano assumere quel carattere di obbligatorietà per tutti i casi futuri consimili, che è proprio soltanto delle norme di legge. Quando, dunque, il giudice espone nella motivazione le astratte concezioni giuridiche che egli ha seguito *in iudicando*, non parla come giudice, ma parla come giurista, e le sue argomentazioni astratte hanno unicamente un valore dottrinario e ammettono quelle discussioni e quelle confutazioni che la cosa giudicata non può ammettere. Con tutto questo, quando il giudice, nella motivazione di una sentenza, espone un suo modo d'intendere in astratto una norma o una qualunque sua generica concezione giuridica, queste sue proposizioni, pur non assumendo carattere alcuno di obbligatorietà, hanno peraltro, per la stessa autorevolezza della persona da cui derivano, un certo influsso nella coscienza giuridica generale, la quale, come la pratica forense dimostra, è inclinata a lasciarsi guidare assai spesso dalla *auctoritas* (*auctoritas* di fatto, si badi, non di diritto: altrimenti si cadrebbe nel sistema dei *praeiudicia* con valore di legge!) *rerum perpetuo similiter iudicatarum.*

Se, per questo, le affermazioni di diritto poste in astratto dal giudice nella sentenza, non lasciano indifferente la coscienza giuridica dei consociati, ma provocano anzi in essa dei movimenti intellettuali verso determinati modi di intendere il diritto oggettivo, ben s'intende come l'erronea concezione giuridica che molte volte sta a base di un *error in iudicando* è assai spesso causa di traviamenti e di incertezza nella retta intelligenza del diritto.

Di questo non può mai, al contrario, esser causa un *error in procedendo*; il quale, anche se può talvolta derivare dalla errata interpretazione in astratto di una norma processuale destinata a regolare la condotta del giudice nel processo, non porta mai con sé la rivelazione dell'errore di interpretazione da cui deriva, perché mai è accompagnato, come ho detto, da una espressa motivazione che dia conto della sua genesi.

L'*error in iudicando*, in conclusione, non solo conduce sempre ad una « erronea dichiarazione » di legge, alla quale mai conduce l'*error in procedendo*; ma, a differenza di questo, tutte le volte che non consiste in un mero errore di fatto, inquina del proprio vizio la giurisprudenza, cioè il mezzo pratico in cui meglio il diritto oggettivo si svolge e si perfeziona. Deriva da questo che gli istituti che le legislazioni, apprezzando nel suo giusto valore l'importanza pratica della giurisprudenza, hanno creato per garantire l'esatta ed uniforme interpretazione giurisprudenziale del diritto, non dovrebbero logicamente preoccuparsi

se non degli *errores in iudicando*; e che, di conseguenza, dovrebbero *in iure condendo* sfuggire interamente alla censura della Corte di cassazione le semplici nullità processuali derivanti da un *error in procedendo* (13).

8. — Sarebbe inesatto affermare che la « erronea dichiarazione » di legge, cui dà luogo l'*error in iudicando*, debba essere sempre dichiarazione di legge sostanziale: ossia che, mentre l'*error in procedendo* ha sempre effetti limitati al diritto processuale, l'*error in iudicando* abbia a ripercuotersi per forza anche sul diritto sostanziale. Vero è il primo termine di questa contrapposizione: imperocché un *error in procedendo* è sempre e soltanto una inesecuzione di legge processuale, dal momento che tutte le norme che regolano la condotta del giudice nel processo appartengono per ciò stesso al diritto processuale; ma non è vero il secondo termine: in quanto si può avere un *error in iudicando* consistente nella « erronea dichiarazione » da parte del giudice di una concreta volontà di legge puramente processuale.

Ciò può avvenire tutte le volte che il giudice, durante il corso del processo, si trovi a dover decidere su questioni di natura processuale, quali sarebbero la costituzione del rapporto processuale o l'ammissibilità di un mezzo di prova. La struttura della norma di diritto processuale non è diversa, come già si è veduto (retro, n. 2), da quella di tutte le norme giuridiche: talché anche da una norma di diritto processuale, quando si verifichi nella realtà la fattispecie ch'essa ipotizza in astratto, nasce senz'altro, indipendentemente da ogni intervento del giudice, una volontà concreta e specializzata, volta a garantire a una parte un determinato bene processuale (per es., un mezzo di prova) o a regolare la condotta dei soggetti del rapporto processuale. Se, ora, nel corso del processo sorge contrasto o incertezza sulla esistenza di una di queste concrete volontà di legge processuale già nate, il giudice è chiamato a risolvere immediatamente questa controversia sorta nell'interno del processo; e la sua pronuncia ha carattere *dichiarativo*, come se si trattasse di decidere una controversia di diritto sostanziale (14).

In questo caso, se il giudice dichiara come volontà di legge processuale una affermazione di volontà diversa da quella che è nata in realtà, commette un errore, il quale, pur senza far sentire i suoi effetti

---

(13) L'osservazione già si trova in GERAU, *Bemerkungen über das Rechtsmittel der Cassation* (in *Zeitsch. für Civilrecht und Proc.*, nuova serie, vol. VI), pag. 61.

(14) V. peraltro quanto, sul passaggio in giudicato delle sentenze concernenti i presupposti processuali, scrive il CHIOVENDA, *Principii*, § 78, II.

sul diritto sostanziale, non ha meno per questo i caratteri di un vero e proprio *error in iudicando*. Basta consultare una raccolta di decisioni giurisprudenziali, per accorgersi che le questioni più vessate *in iudicando* e più micidiali alla uniformità della giurisprudenza sono appunto questioni di diritto processuale: ad esempio quella, ormai passata in proverbio, sulla famosa pluralità delle liste!

9. — Da quanto ho detto finora appare la possibilità della concorrenza di un *error in iudicando* con un *error in procedendo*: la quale può prodursi tutte le volte che il giudice dichiara erroneamente esistente una certa volontà di legge processuale (*error in iudicando*) e agisce poi in conformità con questo giudizio, violando così la vera volontà di legge che gli imponeva di agire in diverso modo (*error in procedendo*). Nota il CHIOVENDA che « può darsi che un difetto di attività si presenti insieme come un difetto di giudizio..., ed è quando il giudice pronuncia espressamente sopra le attività processuali e, in base a questo giudizio, passa alla pronuncia in merito o dichiara di non poter pronunciare in merito » (15); ma tale fenomeno di concorrenza si può produrre in una cerchia più ampia, vale a dire tutte le volte che l'atto del giudice non è che l'esecuzione materiale di quella concreta affermazione di volontà che lo stesso giudice ha nella sua pronuncia dichiarata erroneamente come volontà di legge.

Valga anche qui un esempio. Viene portata dinanzi al giudice una controversia, nella quale una parte chiede l'ammissione di una prova testimoniale sopra una convenzione il cui oggetto non eccede il valore di lire 500. L'art. 1341 (che, quantunque compreso nel codice di diritto civile sostanziale, è in realtà una norma di diritto processuale) ammette in astratto la prova testimoniale su una convenzione il cui oggetto non superi le lire 500; e quindi, da questa volontà manifestata in astratto in detto articolo, nasce nel caso supposto una concreta volontà di diritto processuale, la quale da un lato è diretta a garantire un bene (mezzo di prova) a una parte in confronto della parte avversaria, e dall'altro, per la trilateralità ch'è propria del rapporto processuale, è un concreto comando rivolto al giudice affinché egli regoli in un determinato modo la propria condotta: (« tu devi ammettere la prova proposta dalla parte »); per maggior chiarezza di dimostrazione chiamerò questa volontà concreta di legge colla lettera A. Senonché accade che l'avversario di colui che ha chiesto la prova, si oppone all'ammissione di essa. Il giudice deve risolvere questa controversia per mezzo di una sentenza interlocutoria: e, al momento in

---

(15) *Principii*, pag. 1030.

cui si accinge a giudicare, trova dinanzi a sé (cfr. retro n. 3) una concreta volontà di legge processuale (che distinguerò colla lettera B) che gli impone: « Giudica che, verificandosi in questo caso gli estremi voluti dall'art. 1341 cod. civ. tu sei tenuto ad ammettere la prova richiesta ». Ma egli, erroneamente, non esegue questa singola regola di condotta di cui egli è il destinatario, e giudica che la prova testimoniale non è ammissibile, e che, pertanto, egli è tenuto a non ammetterla; e in base a questa erronea dichiarazione, procede oltre, senza dar seguito al mezzo istruttorio chiesto dalla parte. In questo caso si producono tre fatti antigiuridici; si ha: 1°) una inesecuzione da parte del giudice di quella norma processuale B che gli prescrive quale deve essere la sua condotta *in iudicando*, e, come conseguenza di questa inesecuzione, si ha: 2°) una non coincidenza della volontà dichiarata dal giudice nella sentenza colla concreta volontà di legge A già nata in precedenza nel mondo giuridico; e fin qui, dunque, si ha nient'altro che un *error in iudicando* scomposto nei suoi due elementi (retro, n. 3). Ma poi qui si ha qualcosa di più; si ha cioè: 3°) la successiva esecuzione di quella volontà erronea che il giudice ha dichiarato nella sua sentenza, ossia, con altre parole, la successiva inesecuzione *in procedendo* di quella vera volontà di legge A che il giudice nella sua sentenza non ha dichiarato, perché non ha eseguito la volontà di legge B.

Il caso può parer complicato; ma dall'analisi che ne ho fatto risultano chiari in esso i due elementi di un *error in iudicando* sommati ad un successivo e consequenziale *error in procedendo*. L'art. 1341 viene così ad esser leso dal giudice in due modi diversi: indirettamente, da un lato, in quanto il giudice nella sua sentenza ha dichiarato come volontà di legge perfettamente l'opposto di quella volontà concreta che già in precedenza era nata dallo stesso art. 1341; direttamente, dall'altro, in quanto il giudice non ha eseguito quello che il concreto comando A derivante da tale articolo gli imponeva di compiere.

10. — Sembrami che le cose dette ci diano diritto di concludere che la distinzione tradizionale fra *error in procedendo* ed *error in iudicando* non è punto, come a torto si è preteso, vuota di contenuto; e merita quindi di essere mantenuta, perché rispondente ad una reale diversità di fenomeni. È perciò da lodarsi il nostro legislatore, che nell'articolo 517 cod. proc. civ., enumerando i motivi per cui si può ricorrere in cassazione, tenne distinti i vizî di giudizio (n. 3) dai vizî di attività (nn. 1-2, e 4-8); e da riprovarsi il sistema più sbrigativo adottato dal legislatore germanico, che le due specie di vizî, così pro-

fondamente diverse, riunì sotto il concetto comprensivo di « violazione di legge » (§ 549 *C. P. O.*) (16).

Certo è che in questa materia non facile dei vizî della sentenza e dei corrispondenti mezzi di impugnativa, gran parte delle difficoltà derivano dal linguaggio oscuro od improprio usato dal legislatore, che complica le questioni invece di scioglierle, e moltiplica i dubbî invece di farli svanire. Tutte le espressioni usate nei diversi codici per indicare l'errore di diritto *in iudicando* sono invero troppo generiche: la *contravention à la loi* dei Francesi (decreto 27 novembre-1° dicembre 1790, art. 3), la nostra *violazione della legge* (Cod. proc. civ., art. 517, n. 3), la *Verletzung des Gesetzes* della *C. P. O.* germanica, hanno un significato ambiguo che può benissimo essere esteso anche agli *errores in procedendo* e che anzi meglio si attaglia ad essi che non ai vizî di giudizio. Si hanno, è vero, nella nostra terminologia giuridica, delle espressioni che si riferiscono solo ai vizî di giudizio e non si estendono ai semplici vizî di attività: qual'è quella di *falsa interpretazione della legge* usata dalla dottrina, o quella di *falsa applicazione della legge* usata anche dal legislatore (cit. art. 517, n. 3, Cod. proc. civ.) (17); ma queste espressioni comprendono solo alcuni degli *errores in iudicando*, e non v'è nel nostro linguaggio giuridico un vocabolo che li abbracci tutti.

Non per amore di neologismi, ma solo per render chiari concetti semplici, che l'imprecisa fraseologia dei codici complicò, propongo che quei due diversi modi nei quali la legge può esser violata dal giudice, secondo ch'ei commetta un *error in procedendo* o un *error in iudicando*, siano, anziché coll'espressione generica di *violazione di legge*, designati ciascuno con una locuzione sua propria. E cioè: l'*error in procedendo* si dirà « inesecuzione di legge », poiché proprio esso consiste, come s'è visto, in un rifiuto da parte del giudice di eseguire quello che la legge a lui, singolarmente e direttamente, comanda: e l'*error in iudicando* si dirà « erronea dichiarazione di legge », poiché

---

(16) Non credo dunque che l'enumerazione contenuta nell'art. 517 codice proc. civile si possa qualificare, come la qualifica il MORTARA, *Comm.*, IV, n. 355, pag. 553, un « inutile pleonasmo ».

(17) Al nostro *applicare* la legge, che si riferisce alla caratteristica operazione che solo il giudice compie quando da una norma astratta deduce l'esistenza di una volontà di legge concreta, corrisponde il tedesco *anwenden*. Quando ora il § 550 *C.P.O.* definisce che *das Gesetz ist verletz, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist*, par che voglia escludere dal concetto di *Gesetzesverletzung* tutti gli *errores in procedendo*, che derivano sempre da un non eseguire, non già da un non applicare la legge. Ma poi i paragrafi seguenti dimostrano che tale esclusione non è affatto nelle intenzioni del legislatore. La stessa inesattezza di locuzioni è nella *St. P. O.*: cfr. BELING, op. cit., pag. 133.

il suo effetto caratteristico è quello di dar luogo a una pronuncia giudiziaria che *dichiara* (in quel senso tecnico col quale si dice che la sentenza ha sempre funzione *dichiarativa*) come concreta volontà di legge quello che in realtà la legge non vuole (18).

Non tento, con questo, di parere originale, ricoprendo con parole nuove cose non nuove: cerco, anzi, con una maggior precisione di linguaggio, di dimostrare che la distinzione tra *error in procedendo* ed *error in iudicando*, la quale è ormai vecchia, merita, come tutto ciò ch'è vecchio, d'esser rispettata.

---

(18) Il vecchio ALMENDIGEN, *Metaphysik des Zivilprozesses*, I, pag. 30 e segg., distingue i vizî che appartengono al *Reflexionsakt* da quelli che appartengono al *Willensakt*, intendendo per i primi quelli relativi all'attività logica (*in iudicando*), per i secondi quelli relativi all'attività pratica del giudice (*in procedendo*).

V

RASSEGNA CRITICA DELLA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE (*)

I. *Se possa, nel giudizio di rinvio in seguito a cassazione, essere pronunciato il rigetto dell'appello senz'esame* (art. 489 cod. proc. civ.; 51 Reg. 31 agosto 1901: Cass. Roma, 19 dicembre 1918, in *Foro it.*, 1919, I, 100, per l'affermativa).

1. — Sarebbe audace affermare che si tratti di una questione nuova; nuova è però la soluzione che ad essa dà nella succitata sentenza la Cassazione romana, la quale aveva finora in ripetute occasioni seguito la soluzione contraria (1), in quasi perfetta armonia colle Corti consorelle (2). La stessa Corte romana, in questa sua sentenza, crede utile avvertire che da molti anni la dibattuta questione non tornava al suo giudizio: quasi per ricordarci che proprio nel lungo intervallo decorso tra la decisione del 25 luglio 1904 e questa del 19 dicembre 1918, è stato elevato alla presidenza del Supremo Collegio il più autorevole avversario della tesi che la Corte Romana accoglieva nel 1904, il più autorevole fautore della tesi che essa accoglie oggi: Lodovico Mortara (3).

(*) [Pubblicato in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* (Milano), a. XVIII, nn. 7 e 8, 1920, P. I., pagg. 440-455]. [*Bibliografia*, n. 54].

(1) Cass. Roma, 25 luglio 1904, in *Legge*, 1904, 1991; (Sez. Unite) 25 aprile 1899, in *Foro it.*, 1899, I, 508; 15 febbraio 1889, in *Foro it.*, 1889, I, 507.

(2) Cass. Firenze, 11 aprile 1901, in *Foro it.*, 1901, I, 1225; Cass. Napoli, 20 giugno 1907, in *Trib. giud.*, 1907, 303; 19 maggio 1906, in *Giur. it.*, 1906, I, 861; Cass. Torino, 31 dicembre 1888, in *Giur. tor.*, 1889, 151. *Contro*: Cass. Palermo, 22 agosto 1893, in *Circ. giur.*, 1893, 278; App. Torino, 18 aprile 1917, *Giur. tor.*, 1917, 703; App. Roma, 30 marzo 1909, in *Foro it.*, 1909, I, 931; App. Messina, 23 maggio 1898, in *Foro it.*, 1898, I, 1406; App. Genova, 13 maggio 1890, in *Foro it.*, 1890, I, 1204. Cfr., ora, anche App. Brescia, 4 febbraio 1920, in *Foro it.*, 1920, I, 319.

(3) Cfr. *Nota* alla sentenza già citata della Cass. Roma, 15 febbraio 1889, in *Foro it.*, 1889, I, 507; *Il giudizio di rinvio e il rigetto d'appello senza esame*,

Può tuttavia produrre nei lettori di questa sentenza un certo senso di meraviglia il vedere che la Cassazione romana si limita oggi, per sostenere la tesi opposta a quella un tempo da essa preferita, a confutare gli argomenti coi quali quindici anni addietro essa giustificava la soluzione contraria, quasi che nel campo scientifico la questione sia rimasta ancora negli stessi termini in cui un tempo essa era posta, e che in questo lungo intervallo la dottrina non abbia cercato di esaminarla sotto nuovi aspetti, per trovare nuovi argomenti a favore della soluzione che oggi la Corte romana respinge (4). Considerare brevemente i nuovi argomenti che a favore della tesi vecchia si posson trarre dall'esaminar la questione sotto un punto di vista un po' diverso da quello tradizionale, è lo scopo che si prefigge questa Nota.

2. — A una soluzione soddisfacente della dibattuta questione non si può giungere, se non dopo aver esattamente posto in chiaro il carattere fondamentale di due istituti: A) del rigetto dell'appello senza esame; B) del giudizio di rinvio.

A) Varie teorie sono state proposte dalla dottrina per spiegare il fondamento dell'art. 489 cod. proc. civ.; tra le quali sono specialmente notevoli le seguenti:

a) *teoria della pena* (5), secondo la quale il rigetto dell'appello senza esame avrebbe il carattere di una vera e propria penalità, inflitta alla malizia o alla negligenza dell'appellante, che, dopo aver provocato un nuovo giudizio su una controversia già decisa contro di lui in primo grado, dà a vedere, col non comparire all'udienza o col non produrre i documenti necessarî ad illuminare il giudice di appello, la infondatezza e l'intento meramente dilatorio del suo reclamo: tale interpretazione dell'art. 489, inspirata a quella general concezione, un tempo predominante tra i proceduristi, che in tutte le nullità e in tutte le decadenze processuali scorgeva un carattere di pena (6), ha indotto scrittori e giudici a ritenere che, per il solo fatto della mancata comparizione tempestiva dell'appellante, sorga nell'appellato un *diritto*

---

nota alla già citata sentenza della Cass. Napoli, 19 maggio 1906, in *Giur. it.*, 1906, I, 861; *Commentario*, IV, n. 279; *App. civile*, in *Dig. it.*, n. 1338 e segg.

(4) Cfr. specialmente: Chiovenda, *Principii*, 3ª ed., pag. 996 e pag. 1064; Ferrone, *Il rigetto dell'appello civile senza esame* (S. Maria C. V. 1911); Rispoli, *Il rigetto dell'appello senza esame per mancata comparizione*, in *Filangieri*, 1918, 113.

(5) Mattirolo, *Trattato*, IV, 5ª ed., n. 581 e segg.; Lessona, *Manuale*, 4ª ed., n. 245.

(6) Contro questa concezione cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 666; e *Le forme nella difesa giudiziale del diritto* (in *Saggi*), pag. 220.

quesito al rigetto dell'appello, in virtù del quale deve ritenersi esclusa ogni possibilità di posteriore comparizione tardiva (7);

b) *teoria della presunzione di rinuncia all'appello*, secondo la quale il rigetto senza esame pronunciato dal giudice non sarebbe altro che la conseguenza della volontà dell'appellante di abbandonare l'appello, che la sua mancata attività processuale fa presumere, e che l'appellato, colla sua domanda di rigetto, esplicitamente accetta (8); questa teoria, che ricollega il rigetto dell'appello alla volontà dell'appellante, ha naturalmente portato nella pratica ad attenuare il rigore di questo istituto tutte le volte in cui si sia potuto dimostrare che la inattività dell'appellante non derivava dall'intenzione di abbandonare l'appello (9);

c) *teoria della mancata prova* (la chiamo così per brevità), secondo la quale il rigetto dell'appello senza esame non sarebbe che un semplice adattamento alla speciale finalità del giudizio di appello dei principî generali che regolano in primo grado la contumacia dell'attore o la mancata prova da parte dell'attore comparso: come per l'art. 381 cod. proc. civ., può il convenuto, nella contumacia dell'attore, chiedere l'assolutoria dalle domande, e come, se l'attore non prova il suo assunto, si applica il principio « *actore non probante reus absolvitur* », così per l'art. 489 si rigetta in appello la domanda dell'appellante contumace o dell'appellante che, pur essendo comparso, non fornisce al giudice i necessarî elementi probatorî (10);

d) *teoria della preclusione*, secondo la quale l'art. 489, senza avere alcun intento di penalità o aver riguardo alla presunta volontà dell'appellante, si limita a stabilire quella che deve essere la logica e naturale conseguenza della sua mancata o deficiente attività. Il concetto di *preclusione*, introdotto nella dottrina italiana dal Chio-

---

(7) La teoria del *diritto quesito* è stata sempre combattuta dal Mortara, a partire da un suo scritto pubblicato nell'*Annuario* del Cuzzeri, 1889, pag. 5, fino al *Commentario*, IV, n. 273; cfr. Ferrone, op. cit., n. 70 e segg.

(8) Cfr. specialmente Mortara, nell'*Annuario* del Cuzzeri, sopra citato; *Comm.*, IV, n. 266 e segg., ma in modo molto meno deciso (cfr. n. 271); Ferrone, op. cit., n. 10 e segg.

(9) Questa attenuazione del rigore dell'art. 489 si manifestò specialmente in quelli scrittori e in quei giudicati che ammisero la comparizione tardiva dell'appellante contumace: la legittimità di tale comparizione tardiva fu principalmente sostenuta dal Mortara, il quale però, dopo il Reg. 31 agosto 1901, ha ristretto questa sua opinione al solo caso, contemplato dall'art. 51, del deposito preventivo dei documenti. Cfr. la *Nota* in *Giur. it.*, 1902, I, 760 e *Comm.*, IV, n. 275.

(10) Teoria sostenuta specialmente dal Mortara, cfr. *Nota* in *Giur. it.*, 1906, I, 861 e *Comm.*, IV, n. 271.

VENDA (11), permette di interpretare in modo semplice e chiaro molte disposizioni processuali che mal si spiegherebbero quando si volesse a tutti i costi scorgere in esse delle sanzioni penali o delle presunzioni di volontà: allo scopo di favorire il sollecito compimento delle liti, il legislatore ha stabilito che le attività processuali si svolgano con un certo ordine cronologico, in modo che, non compiuto un certo atto entro il termine stabilito, esso non possa più compiersi, o che, compiuto un certo atto, non possa più essere compiuto un altro atto che si poteva compiere soltanto prima di quello. In tutti questi casi la decorrenza del termine o il compimento dell'atto preclusivo segnano il limite al di là del quale l'ulteriore attività della parte non è più ammessa: un fenomeno di questo genere si verifica appunto nel caso dell'art. 489, in virtù del quale la mancata comparizione tempestiva dell'appellante o la mancata produzione da parte sua della sentenza e degli altri documenti preclude ogni riesame del merito, in modo che il giudice di secondo grado deve limitarsi a riprodurre nella sua sentenza la decisione contenuta nella sentenza appellata (12).

3. — B) Sulla natura del giudizio di rinvio, che ha luogo in seguito a cassazione della sentenza d'appello, due concezioni profondamente diverse si trovano accolte dalla dottrina.

a) Secondo alcuni scrittori, il giudizio di rinvio non sarebbe che una *riproduzione* del giudizio di appello, le cui regole dovrebbero pertanto ritenersi applicabili nella più larga misura possibile anche al giudizio di rinvio; questa equiparazione del giudizio di rinvio al giudizio d'appello si appoggia principalmente sul fatto che il nostro diritto ammette in sede di rinvio la riapertura dello stadio istruttorio, a differenza di quanto avveniva sotto la legislazione sardo-piemontese per la quale il giudizio di rinvio riapriva soltanto lo stadio decisorio (13). La Cassazione della sentenza d'appello verrebbe così a rimettere le parti, dinanzi al giudice di rinvio, nello stesso stato in cui si trovavano all'inizio del giudizio di appello, dinanzi al giudice di secondo grado.

---

(11) *Principii*, § 69 ed ivi letteratura nelle note: cfr. per ultimo CONIGLIO, *Le presunzioni nel processo civile* (Roma, 1920), n. 66.

(12) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 996. Che il rigetto dell'appello senza esame non possa essere pronunciato d'ufficio (cfr. MORTARA, *Comm.*, IV, n. 270) non esclude il carattere preclusivo di questo istituto. Cfr. FERRONE, op. cit., n. 71.

(13) Cfr. MORTARA, *Comm.*, IV, n. 416; *Nota* in *Giur. it.*, 1906, I, 864; *Nota* in *Foro it.*, 1889, I, 508, dove il M. scrive: « che il giudizio di primo appello ed il giudizio di rinvio siano due istituti diversi... pare non si possa sostenerlo seriamente ».

b) Secondo altri scrittori (14) il giudizio di rinvio non può invece equipararsi al giudizio di appello, perché le parti, dopo avvenuta la cassazione della sentenza di secondo grado, verrebbero a trovarsi in una condizione profondamente diversa da quella in cui si trovavano all'inizio del giudizio di appello. All'inizio del giudizio di appello, infatti, esisteva sempre una sentenza di primo grado capace di passare in giudicato, mentre non sempre si potrebbe dire che all'inizio del giudizio di rinvio questa sentenza di primo grado giuridicamente esista, poiché solo la cassazione per *error in procedendo*, non quella per *error in judicando*, richiamerebbe in vita la sentenza di primo grado (15).

Inoltre, poiché la cassazione della sentenza impugnata non si estende agli atti istruttorî anteriori ad essa (16), all'inizio del giudizio di rinvio le parti non si troverebbero nella stessa condizione in cui si trovavano all'inizio del giudizio di appello, dal momento che « le prove raccolte, le situazioni processuali verificatesi, le preclusioni avvenute potranno farsi valere dinanzi al giudice di rinvio » (17). Finalmente, l'identità tra il giudizio di appello e il giudizio di rinvio verrebbe ad essere esclusa anche dal fatto che, mentre il giudizio di secondo grado si costituisce mediante l'atto d'appello, l'atto costitutivo del giudizio di rinvio non è la citazione contemplata dall'art. 546 cod. proc. civ., ma la stessa sentenza di cassazione, in virtù della quale il rapporto processuale è costituito indipendentemente dall'attività delle parti (18). Per queste considerazioni, una parte della dottrina ritiene che non si possa in alcun modo definire il giudizio di rinvio come una *ripetizione* del giudizio di appello, e che esso debba invece esser trattato come una fase autonoma del rapporto processuale, costituente, in un certo senso, una *continuazione* del giudizio di appello (19).

4. — Tra le varie interpretazioni sopra riassunte, che la dottrina suggerisce per definir la natura dei due istituti che qui ci interessano, si tratta ora di scegliere quelle a nostro avviso preferibili, per poi trarre da esse la soluzione del problema pratico posto all'inizio di questa Nota.

---

(14) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1064. Dottrina sull'argomento in FERRONE, op. cit., n. 25 e seg.

(15) Su questo insegnamento del CHIOVENDA, cfr. la mia *Cassazione civile* (Torino, 1920), vol. II, nn. 112-113.

(16) MATTIROLO, *Trattato*, IV, nn. 1209 e 1226.

(17) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1064.

(18) ID., *ibidem*, pag. 1062.

(19) ID., *ibidem*, pag. 1064.

Tra le teorie relative al fondamento del rigetto senza esame (*retro* n. 2) ci sembrano senz'altro da scartare quella della *pena* e quella della *presunzione*, per gli stessi motivi per cui la dottrina ritiene che a una retta interpetrazione dell'istituto generale della contumacia (di cui, in sostanza, la mancata comparizione dell'appellante è un caso speciale) non si possa giungere modernamente, se non lasciando in disparte ogni considerazione desunta dall'elemento soggettivo della volontarietà (20). La terza teoria (n. 2, lettera *c*) mi sembra da scartare del pari: sia da un punto di vista estrinseco, perché, se l'art. 489 non fosse che una speciale applicazione all'appello dei principî generali relativi alla contumacia e all'onere della prova, non si comprenderebbe l'utilità di questa ripetizione (21); sia da un punto di vista intrinseco, perché l'art. 489 contraddice anzi ai principî generali della contumacia e dell'onere della prova (22), per i quali la contumacia dell'attore in primo grado non dispensa il giudice, qualora il convenuto chieda l'assolutoria dalle domande, dall'esaminare la eventuale fondatezza della domanda dell'attore e dall'accoglierla qualora essa resulti fondata senza bisogno di prova (per esempio nel caso in cui la domanda si basi sopra uno di quei fatti notorî che « *probatione non egent* ») (23).

Resta pertanto la quarta teoria, quella della *preclusione*, che sola mi sembra soddisfacente ed esauriente.

Delle due teorie relative alla natura del giudizio di rinvio (*retro* n. 3), non mi pare accettabile la prima. In verità, non mi persuadono neppure tutti quanti gli argomenti che si portano a sostegno della seconda: poiché io ritengo, per considerazioni altrove esposte (24), che anche la cassazione per *error in judicando* sia un vero e proprio annullamento, in seguito al quale torna a rivivere la sentenza di primo grado, e che d'altra parte, se nell'art. 543 cod. proc. civ. non è detto che la cassazione della sentenza possa portar con sé l'annullamento di atti processuali *anteriori* alla sentenza, questo annullamento debba implicitamente ritenersi ammesso, tutte le volte in cui la cassazione della sentenza è pronunciata non per un vizio *proprio*, ma per un vizio

---

(20) Id., *ibidem*, pag. 754.

(21) Ferrone, op. cit., n. 11.

(22) Mattirolo, *Trattato*, IV, n. 585 in nota; Ferrone, op. cit., n. 12.

(23) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pagg. 760 e 996; e l'art. 80 della sua *Proposta di riforma del procedimento civile* (Commissione per il dopo guerra, sez. VIII, Gruppo per gli studi processuali), il quale esplicitamente dispone che « se l'attore non comparisca all'udienza... la domanda *qualora non si manifesti fondata senza bisogno di altre prove* sarà ad istanza del convenuto respinta con sentenza contumaciale ».

(24) *Cassazione*, II, n. 112.

derivato (25). Tuttavia, anche con queste limitazioni, mi pare che la teoria che nega l'equiparazione del giudizio di rinvio al giudizio di appello sia sempre da preferirsi: poiché è sempre vero che quando gli atti istruttorî compiuti dinanzi al giudice d'appello non sono colpiti da annullamento per vizio ad essi proprio, essi possono essere utilizzati dinanzi al giudice di rinvio; e che d'altro lato, il giudizio di rinvio conserva in ogni caso il carattere, per cui si distingue dal giudizio di appello, di essere già costituito per atto di giudice anche prima che una delle parti proceda alla citazione di cui parla l'art. 546 cod. proc. civ.

Il problema resta così circonscritto nei seguenti termini: « dato che nel rigetto dell'appello senza esame si debba vedere una preclusione e che il giudizio di rinvio sia una fase autonoma del rapporto processuale da non confondersi col giudizio d'appello, si può ritenere applicabile al giudizio di rinvio la preclusione stabilita dall'art. 489 cod. proc. civ.? ».

5. — A una risposta nettamente negativa conduce la interpretazione letterale dell'art. 489: se il giudizio di rinvio è un istituto essenzialmente diverso dal giudizio di appello, non parrebbe che l'art. 489, scritto per il giudizio di appello, potesse applicarsi al giudizio di rinvio, che esso letteralmente non contempla.

Tale è, in sostanza, il ragionamento che fa il CHIOVENDA (26), il quale insegna che « essendo questa una preclusione che ha luogo in caso di mancata comparizione nell'udienza di trattazione della causa d'appello, non può estendersi ad una fase diversa del rapporto processuale ».

Senonché, anche ammettendo che il giudizio di appello e il giudizio di rinvio siano due istituti assolutamente diversi, si può domandare che cosa vieti di estendere per analogia anche al giudizio di rinvio la disposizione dell'art. 489, quando appunto l'interpretazione analogica permette di applicare il principio contenuto in una norma giuridica anche a casi diversi da quello per il quale la norma è scritta. Non credo che qualsiasi interpretazione analogica dell'art. 489 debba essere esclusa *a priori*, in considerazione di un preteso carattere eccezionale che sarebbe proprio di tutte le preclusioni; se coloro che scorgevano nel rigetto senz'esame un carattere di penalità, erano necessariamente tratti a ritenere che la norma contenuta nell'art. 489 fosse « *stricte interpretanda* » (art. 4 cod. civ.) (27), è stato ormai di-

(25) *Cassazione*, II, nn. 82 e 102 b β.
(26) *Principii*, pag. 1064.
(27) MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 581.

mostrato che di interpretazione analogica sono invece suscettibili le norme che dichiarano nullità o decadenze processuali (28), talché non mi par dubbio che anche in materia di preclusioni, le quali stanno di fronte alle decadenze nel rapporto di genere a specie, possa l'interprete ricorrere, quando ve ne siano i motivi, all'analogia.

Si tratta dunque di decidere se la stessa *ratio legis* che ha consigliato il legislatore ad aggravare nel giudizio di secondo grado la condizione dell'appellante mediante la preclusione stabilita dall'art. 489, sussista anche per il giudizio di rinvio, e consigli quindi di estendere la medesima preclusione anche ad un caso per il quale essa non è letteralmente scritta.

Se mettiamo a confronto l'art. 381 coll'art. 489 cod. proc. civ., vediamo che la condizione fatta da questo all'appellante non comparso è molto più dura della condizione fatta da quello all'attore contumace; poiché, mentre l'attore contumace può sperare che il giudice, qualora il convenuto chieda l'assolutoria dalla domanda, si convinca dall'esame del merito che la domanda è fondata e, anche in contumacia dell'attore, condanni tuttavia il convenuto, l'appellante non comparso sa che la mancata comparizione ha come conseguenza inevitabile, e solo condizionata alla domanda dell'appellato, la pronuncia di una sentenza *di merito* favorevole al suo avversario. La ragione di questo differente trattamento fatto all'attore e all'appellante nelle due diverse fasi di uno stesso giudizio è evidente: nel giudizio di primo grado la controversia si presenta al giudice ancora impregiudicata, e, fra le due parti che ancora non hanno fatto valere i reciproci mezzi di offesa e di difesa, le probabilità di vittoria si bilanciano; nel giudizio di appello, invece, questo equilibrio è ormai turbato a danno dell'appellante, il quale, se ha facoltà di provocare un nuovo esame di tutta la controversia, ha però sopra di sé la minaccia di una sentenza già pronunciata a suo carico e capace di passare in giudicato quando esso resti inattivo. La severità colla quale la legge fissa le conseguenze della mancata comparizione dell'appellante deriva dunque da ciò: che all'inizio di ogni giudizio d'appello precede *sempre*, per logica necessità, la pronuncia di una sentenza contraria all'appellante; che, in altre parole, appellante dinanzi al giudice *ad quem* è sempre colui che è restato soccombente dinanzi al giudice *a quo*.

Ma si può dire che, come nel giudizio di appello, così nel giudizio di rinvio colui che già fu appellante nel giudizio di secondo grado si presenti *sempre* in veste di soccombente? La risposta negativa non par

---

(28) Rocco (Alfr.), *L'interpretazione delle leggi processuali*, in *Arch. giur.* 1906, pag. 87, nn. 28 e 29.

dubbia: infatti mentre all'inizio del giudizio di appello, una sola fase del processo si è svolta in precedenza e una sola sentenza è stata pronunciata (contraria in ogni caso all'appellante), quando si inizia il giudizio di rinvio la controversia ha già avuto almeno due decisioni di merito, una in prima ed una in seconda istanza; e poiché può darsi che il giudice di appello abbia dato ragione all'appellante, questi nel giudizio di rinvio può presentarsi non già come soccombente, ma *come vincitore nell'ultima fase del giudizio di merito*. Quale delle due parti abbia assunto nel giudizio di cassazione la veste di ricorrente, e quale debba pertanto considerarsi come vittoriosa in quella sede, non può avere nessuna importanza per modificare le loro rispettive posizioni nel giudizio di merito: il giudizio di cassazione, infatti, non è la continuazione del giudizio di merito in terzo grado, ma è un giudizio a sé, che mira ad accertare la esistenza di una volontà di legge ben diversa da quella presa in esame dai giudici di primo e di secondo grado (azione di impugnativa) (29). La sentenza di cassazione, dunque, serve soltanto ad annnullare la sentenza di secondo grado e a rendere necessaria una nuova decisione di merito; ma, specialmente quando la cassazione avviene per un *error in procedendo*, non porta nessun elemento nuovo nel giudizio di merito, il quale si ripresenta sostanzialmente al giudice di rinvio nei termini in cui l'aveva posto il giudice di appello nella sentenza cassata. È vero che questa sentenza, anche se favorevole all'appellante, non ha più, dinanzi al giudice di rinvio, alcuna efficacia giuridica, perché la cassazione l'ha annullata; è vero che in seguito all'annullamento di questa sentenza d'appello, è tornata in vita (*retro*, n. 4) la sentenza di primo grado, contraria all'appellante. Ma è pur vero che il legislatore, nel fissare le regole del giudizio di rinvio, non può aver dimenticato che la sentenza di secondo grado, favorevole all'appellante, può essere stata cassata per un motivo meramente formale, il quale non ha distrutto la fondatezza logica e giuridica del suo contenuto; e non può, sopra tutto, aver dimenticato che se la cassazione ha tolto vigore alla sentenza di appello, essa può aver lasciato in vita, tra gli *atti anteriori* intervenuti nel giudizio di appello, tutta una serie di elementi probatorî, dai quali a luce meridiana risulti la infondatezza della sentenza di primo grado.

Queste considerazioni bastano a dimostrare, mi sembra, che le ragioni per le quali l'art. 489 fa nel giudizio di secondo grado un trattamento di sfavore all'appellante non si riproducono *in ogni caso* nel giudizio di rinvio: qui, al contrario, può darsi che la pronuncia, anteriore al giudizio di cassazione, di due sentenze di merito, una contraria

---

(29) *Cassazione*, II, nn. 89 e 97.

ed una favorevole a colui che in secondo grado è stato appellante, ristabilisca tra le due parti quella equiprobabilità di vittoria che sempre si presenta nei giudizî di primo grado; onde sembra necessario applicare anche al giudizio di rinvio quelle regole generali della contumacia che in primo grado tutelano efficacemente il principio di uguaglianza delle parti.

Concludendo, non mi pare che la preclusione stabilita dall'art. 489 per il giudizio di appello possa per analogia estendersi anche al giudizio di rinvio: manca infatti nei due casi la *eadem ratio decidendi*, senza la quale l'interpretazione analogica non può ritenersi consentita. Noi diamo pertanto alla questione una soluzione perfettamente contraria a quella ultimamente preferita dalla Cassazione di Roma; e pensiamo che la conseguenza pratica più importante della inapplicabilità dell'art. 489 al giudizio di rinvio sia questa: che, restando contumace l'appellante nel giudizio di rinvio, se l'appellato riproduce, per trarne delle conseguenze in suo favore, il materiale istruttorio raccolto nel giudizio di appello, possa il giudice di rinvio pronunciare una sentenza di merito a favore dell'appellante, qualora ravvisi nel materiale istruttorio motivi sufficienti per dargli ragione.

6. — Il sommario riassunto della questione, che sopra abbiamo fatto, lasciando da parte tutta una serie di osservazioni strettamente esegetiche dalle quali dottrina e giurisprudenza hanno tratto altri argomenti a favore dell'una o dell'altra tesi (30), serve, se non ad altro, a dimostrare che quando la Cassazione romana, sostenendo l'applicabilità dell'art. 489 al giudizio di rinvio, afferma che su di essa manca addirittura ogni « fondata ragione del contrasto » esprime un'opinione un po'... come devo dire? ardita. In verità, argomenti contrarî alla tesi sostenuta dalla Cassazione romana non mancano, come si è veduto: e argomenti chiamo non quelli portati dalla dottrina di cinquant'anni fa, che ormai hanno fatto il loro tempo, ma quelli portati dagli scrittori di questi ultimi anni, che hanno esaminato il problema da un nuovo punto di vista. La Cassazione romana, però, di questi ultimi argomenti non si occupa; si limita a riaffermare che l'art. 489 non contiene né una pena né una presuzione di rinuncia, che esso è la pura e semplice applicazione della massima « *actore non probante reus absolvitur* » e che « è evidentemente logico e giuridico (!) che la sentenza di annullamento, nel rimandare la causa al giudice di rinvio pel nuovo esame, rimette i contendenti nello stato in cui erano il giorno nel quale l'appello fu interposto (!) ». E basta: un po' troppo poco, in verità, per cambiar di giurisprudenza dopo tre lustri di... silenziosa meditazione!

---

(30) Per le quali rinvio alla citata monografia del FERRONE, n. 27 e seg.

II. *In qual termine si prescriva l'azione per impugnare in cassazione una sentenza d'appello non notificata* (art. 926 cod. comm.; art. 2135 cod. civ.: Cass. Roma, 6 febbraio 1919 in *Foro it.*, 1919, I, 145).

1. — Una sentenza di appello, decidendo in materia di contratto di trasporto tra *A* mittente e *B* vettore, accoglie una domanda di risarcimento proposta da *A* appellante contro *B* appellato, ma fissa l'ammontare del risarcimento dovuto nella cifra di L. 14.000, anziché in quella di L. 41.000 chiesta da *A*. La sentenza è pubblicata il 31 luglio 1917; nessuna delle due parti provvede a notificarla. Dopo più di sette mesi, *A* si decide a impugnare in cassazione quel capo della sentenza che fissa il risarcimento in una cifra inferiore a quella chiesta; e notifica il ricorso a *B* il 22 aprile 1918. *B*, dinanzi alla Corte di cassazione, rilevando che tra la pubblicazione della sentenza e la notificazione del ricorso è trascorso un lasso di tempo superiore al termine di sei mesi, entro il quale si prescrivono, per l'art. 926 cod. comm., « le azioni contro il vettore derivanti dal contratto di trasporto », eccepisce la prescrizione dell'azione di impugnativa: e la Corte, accogliendo la sua eccezione, rigetta il ricorso.

Questa decisione pronunciata dalla Cassazione romana non manca di precedenti (31); ma il caso è interessante perché esso, cumulando in una sola fattispecie due problemi giuridici la cui evidente analogia parrebbe sufficiente ad escludere qualsiasi soluzione che non fosse comune ad entrambi, ha dato modo alla Suprema Corte di affrontarli contemporaneamente e di affermare che essi comportano due soluzioni perfettamente contrarie. La Corte romana ha, all'incirca, ragionato così: dalla sentenza di appello, che in parte accoglie e in parte respinge la domanda di *A* appellante, nascono a favore di *A* due azioni, corrispondenti a due suoi distinti interessi; un'azione « per conseguire mediante il procedimento esecutivo la soddisfazione della parte delle sue ragioni per la quale è stata pronunciata condanna » e un'azione « per ottenere, mediante l'ulteriore svolgimento del giudizio di co-

(31) Molte volte si è presentata alle nostre Corti la questione relativa al termine entro il quale può essere interposto appello contro una sentenza di primo grado non notificata; e in generale la giurisprudenza ha ritenuto che il diritto di appellare sia soggetto alla stessa prescrizione cui è sottoposta l'azione fatta valere in giudizio: cfr. Cass. Roma, 17 gennaio 1910 (in *Foro it.*, 1910, I, 1256); Cass. Roma, 26 novembre 1906, in *Foro it.*, 1907, I, 18; Cass. Roma, 7 aprile 1904 e Cass. Napoli, 24 marzo 1904, in *Foro it.*, 1904, I, 540; App. Catanzaro, 27 aprile 1893, in *Foro it.*, 1894, I, 29, con nota di L. Coviello. Cfr. anche, ora, App. Genova in *Foro it.*, 1920, I, 321. Non si era però prima d'ora mai presentata, a mia scienza, uguale questione per il ricorso in cassazione.

gnizione, l'accoglimento della sua domanda per la parte non accolta ». Ciascuna di queste due azioni ha « scopo e durata diversa. La prima, che deriva dalla sentenza, atto di volontà del giudice, è soggetta all'unica prescrizione di carattere generale, quella trentennale, cui non può sottrarsi alcun diritto o azione; la seconda, che deriva dal rapporto contrattuale, atto di volontà delle parti, non può sfuggire alla legge particolare che regola quel rapporto a seconda della sua specifica natura, ed è quindi soggetta alla prescrizione civile o commerciale che è propria di quel contratto ». La Cassazione ha potuto così, in grazia della special configurazione della controversia, che riuniva nello stesso ricorrente la veste di parziale soccombente e la veste di parziale vincitore, porre a se stessa i due seguenti diversi problemi: 1°) entro qual termine si prescriva l'azione esecutiva (*actio judicati*) nascente da una sentenza di condanna non più impugnabile coi mezzi ordinarî, a favore della parte vincitrice; 2°) entro qual termine si prescriva l'azione di impugnativa, nascente, dalla stessa sentenza, a favore della parte soccombente. E ai due problemi così posti ha creduto di poter dare due soluzioni diametralmente opposte, ritenendo, per il primo, che l'azione esecutiva si prescriva in trent'anni anche se l'azione fatta valere nel giudizio di merito sia soggetta a prescrizione più breve; ritenendo, per il secondo, che l'azione di impugnativa si prescriva nello stesso termine in cui si prescrive l'azione fatta valere nel giudizio di merito, perché in realtà quella non sarebbe altro che una continuazione, un prolungamento di questa, o perché, per dir meglio, le due azioni addirittura si identificherebbero in una.

Sulla soluzione che la sentenza qui annotata ha dato alla questione vessatissima del termine in cui si prescrive l'azione esecutiva nascente dal giudicato, non mi fermo: anche perché la Cassazione ha seguito su questo punto quella che ormai è *opinio probatissima* (32); ma qualche osservazione mi pare necessario fare sulla soluzione data al secondo problema, poiché penso che essa sarebbe stata assai diversa, ove la Corte si fosse indugiata con maggior cura ad analizzare nei suoi elementi costitutivi l'azione di impugnativa che il ricorrente faceva valere contro la sentenza d'appello.

2. — E, prima di tutto, occorre intenderci sul significato da darsi alla parola *azione*; sono infatti così numerose e sottili le teorie proposte dalla dottrina per spiegar la natura del diritto d'azione, che bisogna ormai, quando si vuole adoprar questa parola, fare in antecedenza una prudente *professio iuris*, che valga a metterci d'accordo coll'even-

(32) Cfr. per tutti Chiovenda, *Principii*, 3ª ed., pag. 146 e letteratura in nota 2; Coviello (N.), *Manuale*, 2ª ed., § 158, e letteratura a pag. 578 in nota.

tuale contradditore sulla teoria da seguire per il significato di questa espressione.

Senza riaprir la dibattuta polemica teorica, mi basta qui, ai fini pratici di questo scritto, premettere che, quando adopro la parola « azione », intendo respingere tanto la teoria, non ancor tramontata tra i privatisti (33), che concepisce l'azione come una funzione accessoria del diritto soggettivo, quanto la teoria, recentemente ripresa da Ugo Rocco, del cosiddetto « diritto astratto d'agire », secondo la quale l'azione sarebbe un diritto soggettivo pubblico per sé stante, spettante ad ogni cittadino verso lo Stato, per ottenere da questo la prestazione dell'attività giurisdizionale (34). A mio avviso, invece, le sole teorie che hanno un'idea soddisfacente dell'azione sono quelle che, pur concependola come un diritto per sé stante, insegnano che essa compete non ad ogni cittadino, ma solo a colui che abbia ragione; onde il diritto d'azione non deve scorgersi nella facoltà, spettante anche a colui che ha torto, di ottenere dall'organo giurisdizionale un provvedimento *qualunque*, ma soltanto nella facoltà, spettante unicamente a colui che ha ragione, di ottenere dall'organo giurisdizionale un provvedimento *favorevole* (35).

È noto che due teorie principali sono state costruite sulla base comune di quest'ultima concezione, che, in contrapposto a quella del diritto *astratto*, si potrebbe dire del diritto *concreto* d'agire: da una parte c'è la teoria tedesca (Wach, Hellwig, Schmidt) del diritto alla tutela giuridica (*Rechtsschutzanspruch*), secondo la quale l'azione sarebbe il diritto soggettivo pubblico spettante verso lo Stato al cittadino che ha ragione per ottenere un provvedimento giurisdizionale favorevole; e dall'altra c'è la teoria italiana (Chiovenda) del diritto potestativo, secondo la quale l'azione sarebbe il potere giuridico, spettante al cittadino che ha ragione, di porre in essere la condizione per l'attuazione di una concreta volontà di legge in proprio favore (36). Ai fini della presente Nota, non occorre discutere quale di queste due teorie

---

(33) Cfr. La Lumia, *Azioni e controversie commerciali*, n. 11 (in *Rivista dir. comm.*, 1914, I, pag. 237).

(34) Rocco U., *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi* (Roma, 1917), pag. 336.

(35) Con ciò non si nega che possa esistere *anche* un diritto civico alla prestazione giurisdizionale; ma solo si nega che questo diritto sia *l'azione*. Cfr. Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 25, nota 1; e ora, Betti, scritto citato nella nota seguente, pag. 145 in nota.

(36) Cfr. ora, su questa e sulle altre teorie relative all'azione, le acute osservazioni del Betti, nel suo scritto *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione* (in *Studi* dell'Univ. di Pavia, V [1919], pag. 97 e segg.) §§ 1 e 2 e note.

(le quali, forse, differiscono più nell'apparenza che nella sostanza, poiché pongono in luce aspetti diversi di un'unica verità) sia preferibile; ci basta aver fissato qui due concetti: 1°) che per azione noi intendiamo un diritto per sé stante, diverso dal diritto subbiettivo sostanziale che l'attore vanta verso il convenuto; 2°) che questo diritto per sé stante compete secondo noi soltanto al litigante che ha ragione, ed è pertanto uno strumento per conseguire un provvedimento giurisdizione favorevole (37).

3. — Premessi questi indispensabili richiami alla natura giuridica del diritto d'azione, dobbiamo ora avvertire che il problema del termine prescrizionale dell'azione di impugnativa contro la sentenza d'appello costituisce, così come esso è stato posto dalla Cassazione di Roma, un problema di « identificazione delle azioni ». La Corte Suprema, infatti, per giungere alla conclusione surriferita, ha ragionato così: dai rapporti giuridici passati tra *A* e *B* prima del processo, è nata a favore di *A* una certa azione (vale a dire il diritto di ottenere la attuazione giurisdizionale della concreta volontà di legge sostanziale che gli garantisce il risarcimento del danno sofferto in conseguenza della inadempienza contrattuale di *B*); l'esistenza della concreta volontà di legge sostanziale su cui questa azione si basa costituisce l'oggetto del giudizio di merito, così in primo come in secondo grado; e se, pronunciata la sentenza di appello che disconosce l'esistenza di questa concreta volontà di legge e quindi rigetta la domanda di *A*, lo stesso *A*, soccombente, ricorre in cassazione, *egli continua con ciò a far valere la stessa azione che ha fatto valere in primo e in secondo grado*, perché tende ancora a ottenere dal giudice l'attuazione di quella concreta volontà di legge che è stata oggetto dei due precedenti giudizî.

---

(37) Questa « professione di fede » in tema d'azione era indispensabile non solo perché il problema pratico oggetto di questa *Nota* potrebbe diversamente risolversi se si accettasse il concetto di azione-funzione del dir. soggettivo; ma anche perché a diversi risultati potrebbe portare la teoria del diritto astratto di agire, in base alla quale Ugo Rocco (*Cosa giudicata*, n. 122) sostiene che l'azione è *sempre imprescrittibile*. Egli scrive a questo proposito (pag. 388) che « la imprescrittibilità del diritto di azione, come diritto alla prestazione dell'attività giurisdizionale, è dimostrata dal fatto che anche quando, secondo la terminologia comune, l'*azione è prescritta*, l'attore ha diritto ad ottenere una sentenza la quale dichiari la cosiddetta prescrizione dell'azione. Il che vuol dire che, anche quando l'*azione è prescritta*, il diritto di azione può esercitarsi e l'attore può ottenere una sentenza che dichiari la inesistenza del diritto sostanziale! ». Curioso modo di ragionare: io direi invece che la esistenza nell'attore del diritto a ottenere una sentenza che dichiari la prescrizione dell'azione è la miglior prova che questo diritto (cosid. diritto astratto di agire) esiste anche quando più non esiste l'azione, ossia *non è l'azione*.

Questo ragionamento, che identifica l'azione fatta valere da *A* dinanzi ai giudici di merito coll'azione che egli fa valere mediante il ricorso in cassazione, non si può dire, a mio avviso, perfettamente corretto; poiché disconosce, se non erro, quella caratteristica funzione di controllo (giudizio sul giudicato) che è propria della Cassazione, la quale non ha, come i giudici di merito, l'ufficio di attuare le concrete volontà di legge nascenti dalla legge sostanziale, ma quello di sindacare la regolarità processuale delle sentenze di merito, per annullarle quando le riscontri viziate (38). In realtà, quando la sentenza di appello è viziata da alcuno di quei difetti che la legge processuale (art. 517 cod. proc. civ.) tassativamente determina, nasce *ex novo* nella parte soccombente un diritto di annullamento della sentenza difettosa; e poiché questo diritto è uno di quelli che non possono esser fatti valere che per via giudiziaria (39), nasce nello stesso tempo l'interesse ad agire e quindi una azione di impugnativa, *che finora non esisteva.*

Ora si può dire che questa azione di impugnativa (diritto di ottenere l'attuazione giurisdizionale della concreta volontà di legge processuale che garantisce al ricorrente l'annullamento della sentenza viziata) sia tutta una cosa con l'azione che la parte soccombente ha fatto valere dinanzi ai giudici di merito? A me pare di no, se non s'hanno da lasciare in disparte le più elementari regole sulla identificazione delle azioni, tramandateci dalla dottrina del diritto comune e tuttora in mille occasioni applicate dalla pratica.

È insegnamento comune che gli elementi dai quali si giudica se due azioni siano identiche o diverse, sono tre: le *personae*, la *causa petendi* e il *petitum*: e, sol che per poco si mettano in evidenza questi elementi nelle due azioni di cui la Cassazione romana ha ritenuto l'identità, la loro diversità appare innegabile. Le *personae* sono, sì, le stesse (*A* e *B*); ma diverso è il *petitum* (oggetto *immediato*), cioè il modo di attuazione della legge, la forma di tutela giurisdizionale invocata, che nel primo caso è una sentenza di condanna, e nel secondo è una sentenza costitutiva (di annullamento); e diversa è soprattutto la concreta volontà di legge di cui nei due casi si chiede l'attuazione (la *causa petendi* o, come l'ha chiamata di recente il Betti (40), la « *ragione* » dell'azione), poiché, mentre nel primo caso *A* attore chiede l'attuazione di una concreta volontà di legge *sostanziale* che la inadempienza contrattuale di *B* ha fatto scaturire dalle norme che regolano

---

(38) Cfr. la mia *Cassazione*, vol. II, capo I.

(39) Cfr. Chiovenda, *Principii*, § 8, II e la mia *Cassazione*, II, n. 84.

(40) Scritto citato, note 30-34. La critica che il B. muove alla teoria tradizionale che distingue nell'azione i tre elementi suddetti, non ha importanza per la risoluzione del problema pratico qui posto.

il contratto di trasporto, nel secondo caso *A* ricorrente chiede l'attuazione di una concreta volontà di legge *processuale* che il difetto contenuto nella sentenza di appello ha fatto scaturire dalle norme che regolano il ricorso per cassazione.

Insomma, senza insistere più a lungo a dimostrare ciò che di per sé è evidente, la Cassazione ha confuso un'azione di condanna fondata sulla legge sostanziale commerciale e sorta prima del processo, con una azione di impugnativa fondata sulla legge processuale civile e sorta durante il processo. E proprio non si riesce a comprendere come si possa dire che l'azione fatta valere da *A* mediante il ricorso per cassazione « deriva dal rapporto contrattuale, atto di volontà delle parti »; quando, invece, può darsi benissimo che l'azione di impugnativa, cioè il diritto di ottenere la cassazione della sentenza viziata, sussista, e che poi una volta annullata la sentenza il giudice di rinvio, decidendo in merito nello stesso senso in cui aveva deciso il primo giudice di appello, dichiari inesistente l'azione di condanna, negando il diritto di *A* ad ottenere il risarcimento nella misura da esso voluta!

4. — Meno chiara potrebbe parere la distinzione quando, invece che di un diritto di impugnativa, com'è quello che si fa valere mediante il ricorso per cassazione, si trattasse di un diritto di gravame, com'è quello che si fa valere mediante l'appello: ossia, per adoprare la terminologia del nostro codice, quando la sentenza di merito fosse impugnabile con un mezzo *ordinario* anziché con un mezzo *straordinario* di impugnativa. Come è noto, nel sistema del doppio grado, accolto dal nostro diritto processuale, l'oggetto del giudizio di appello, che è un *novum judicium* e non una semplice *revisio prioris instantiae*, è costituito dalla stessa concreta volontà di legge sostanziale, di cui l'attore ha chiesto l'attuazione nel giudizio di primo grado: talché, quando l'attore, soccombente in primo grado, porta la causa dinanzi al giudice di appello, egli viene con ciò a riproporre dinanzi al nuovo giudice la stessa azione che aveva già esercitato nella precedente fase del giudizio (41). Se dunque (a differenza di quello che accade nel giudizio di cassazione, di cui è sempre oggetto una concreta volontà di legge processuale *diversa* da quella della cui esistenza si è discusso nel giudizio di merito) del giudizio di appello è sempre oggetto la *stessa* concreta volontà di legge sostanziale di cui si è discusso in primo grado, parrebbe così all'ingrosso, che il diritto di appellare potesse identificarsi col diritto che è stato fatto valere nel giudizio di prima istanza.

---

(41) Cfr. la mia *Cassazione*, II, n. 86.

Senonché anche qui una più precisa analisi della situazione processuale nascente dalla pronuncia di una sentenza appellabile permette subito di comprendere tutta la inesattezza di una simile identificazione: il diritto di appellare, che nasce a favore del soccombente in seguito alla pubblicazione della sentenza di primo grado, è il diritto di ottenere dinanzi al giudice di appello una *seconda pronuncia sullo stesso oggetto* già deciso dal giudice inferiore; ma non è né il diritto alla revoca della sentenza di primo grado (poiché non è dato revocare ciò che ancora non ha cominciato ad esistere come giudicato) né, tanto meno, *il diritto ad una sentenza che abbia contenuto diverso* da quella già pronunciata dal giudice di primo grado (42). Il diritto di appellare, che sorge nel soccombente per il solo fatto della pubblicazione della sentenza di primo grado, è soddisfatto colla pronuncia di una seconda sentenza di merito, *qualunque sia il contenuto di questa*: e se della esistenza di questo diritto di appellare si può preliminarmente discutere dinanzi al giudice di secondo grado, il giudizio di merito, che segue a tale preliminare riconoscimento del diritto di appellare, verte non già sull'esistenza di questo diritto di natura processuale, ma sull'esistenza di quella concreta volontà di legge sostanziale, su cui era basata l'azione fatta valere dinanzi al giudice di primo grado. Talché anche qui, come già si è visto per il ricorso in cassazione, può darsi che esista nell'appellante il diritto di appellare (diritto di ottenere una *seconda* sentenza di merito), senza che esista l'azione di merito da lui riproposta (diritto di ottenere una sentenza *favorevole*).

5. — Tutte le volte che si parla della prescrizione delle azioni mediante le quali è impugnabile una sentenza, occorre evitare la confusione tra termine prescrizionale che opera solo su istanza di parte (art. 2110 cod. civ.) e termine preclusivo, che opera anche d'ufficio (art. 466 cod. proc. civ.) (43). Il diritto di impugnare una sentenza (prendendo la parola « impugnare » in quel senso comprensivo così dei mezzi *ordinarî* come dei mezzi *straordinarî* in cui lo adopra la nostra legge) nasce nella parte soccombente per il solo fatto della pubblicazione della sentenza, dato che nel nostro diritto per impugnare una sentenza non occorre che essa sia stata notificata; e, se la parte soccombente non compie atti che importino acquiescenza (art. 465 cod. proc. civ.), questo diritto resta in vita finché non lo estingue quella prescrizione generale che colpisce tutte le azioni (art. 2135 cod. civ.).

---

(42) Cfr. sulla condizione della sentenza soggetta a gravame e sulla conseguente costruzione del diritto di gravame, assolutamente diverso dal diritto di impugnativa, *Cassazione*, II, cap. VII, *passim*.

(43) Cfr. MORTARA, *Comm.*, IV, n. 182; CHIOVENDA, *Principii*, § 5, III.

Ma, per evitare che la minaccia di impugnativa resti pendente sulla sentenza per un periodo così lungo com'è quello prescrizionale e che per tanto tempo si perpetui l'incertezza del diritto controverso, la legge processuale dà facoltà alla parte vincitrice di abbreviare la vita del diritto di impugnativa spettante all'avversario, col notificargli la sentenza allo scopo di far decorrere, dal giorno della notificazione, un breve termine preclusivo, trascorso il quale la parte soccombente si intenderà per sempre decaduta dal suo diritto di impugnativa (art. 466 cod. proc. civ.). Così, nella inerzia della parte vincitrice, l'azione di impugnativa finisce di morte naturale, di vecchiaia, per così dire; mentre, se la parte vincitrice si vale del suo diritto di notificare la sentenza, la parte soccombente si trova forzata (« costituita in mora » dice il MORTARA) a esercitare in un breve termine preclusivo il suo diritto, se non vuol che esso, allo spirar di questo termine, finisca, per continuar il parlar figurato, di morte violenta.

Le nostre leggi processuali non hanno creduto di stabilire per la prescrizione del diritto di impugnativa un termine diverso da quello comune a tutte le azioni; e si sono limitate a disciplinare la durata dei termini preclusivi, che cominciano a decorrere dalla notificazione della sentenza. Ma non si deve credere che tutte le leggi processuali tacciano, come tace la nostra, del vero e proprio termine prescrizionale al quale anche le azioni di impugnativa sono sottoposte: per esempio la Ordinanza processuale civile germanica, la quale ammette contro le sentenze passate in giudicato una azione di nullità, per certi rispetti analoga al nostro ricorso in cassazione per *errores in procedendo*, stabilisce per la medesima un termine prescrizionale di cinque anni, che decorre dal giorno in cui la sentenza è passata in giudicato, e un termine preclusivo di un mese, che decorre dal giorno in cui la parte ha avuto notizia del motivo di impugnativa (§ 586) (44). Qualcosa di simile si trova nella recente Proposta CHIOVENDA, la quale, mentre stabilisce negli artt. 174 e 189 il termine *preclusivo* per appellare e per ricorrere in cassazione (giorni otto, quindici o trenta per l'appello; giorni quarantacinque per il ricorso in cassazione) non dimentica di disciplinare negli stessi articoli il termine *prescrizionale*, disponendo che l'appello o, rispettivamente, il ricorso in cassazione, non sia più ammesso « decorso un anno dalla pubblicazione della sentenza emanata in contraddittorio delle parti » (45).

---

(44) Cfr. la mia *Cassazione*, vol. II, n. 115 e note.

(45) Non credo esatto, perciò, quanto scrive il COVIELLO (L.), in *Foro it.*, 1894, I, 32: « Non mi pare giuridicamente concepibile una prescrizione propria della facoltà di appellare come alcuni scrittori ammettono; la facoltà di appellare non è una *azione* regolata dal codice civile con le norme sulla prescrizione, ma

6. — Le considerazioni svolte finora ci permettono di affrontare con maggior chiarezza d'idee il problema pratico risoluto dalla Cassazione romana. Nella fattispecie, di cui sopra abbiamo riportato gli estremi, il termine preclusivo stabilito dall'art. 518 cod. proc. civ. per la proposizione del ricorso in cassazione non ha iniziato il suo decorso perché la sentenza d'appello non è stata notificata (art. 467 cod. proc. civ.); ha invece iniziato il suo decorso, dal dì della pubblicazione della sentenza, il termine prescrizionale del diritto di impugnativa: si domanda quindi se la prescrizione di questa azione di impugnativa debba ritenersi compiuta per il solo fatto che, dal dì della pubblicazione della sentenza d'appello, è trascorso un termine prescrizionale superiore allo speciale termine prescrizionale, stabilito dall'art. 926 cod. comm., per l'azione fatta valere dinanzi ai giudici di merito.

Per rispondere affermativamente a questo quesito non vedrei altra strada all'infuori di quella battuta dalla Cassazione romana: ritenere cioè che l'azione di impugnativa che il ricorrente fa valere contro la sentenza d'appello sia, puramente e semplicemente, una delle « azioni contro il vettore derivanti dal contratto di trasporto » contemplate dall'art. 926; ma, dopo quanto si è detto sopra sulla natura di questa azione di impugnativa (n. 3), mi pare che non occorra insistere ancora a dimostrare come anche quest'unica strada sarebbe sbagliata. La verità è, al contrario, che l'azione di impugnativa contro la sentenza di appello è un'azione assolutamente separata e indipendente da quella fatta valere dinanzi ai giudici di merito, un'azione che non deriva in alcun modo dal contratto di trasporto, e che per questo, nel silenzio della legge, non può essere assoggettata alla speciale prescrizione stabilita dal codice di commercio per una limitatissima categoria di azioni, tra cui questa non rientra. Gran parte delle ragioni che la dottrina porta per dimostrare come l'azione esecutiva nascente da sentenza non possa prescriversi in un termine minore di quello generale stabilito dall'art. 2135 cod. civ., si potrebbero ripetere qui per dimostrare la stessa tesi in relazione all'azione di impugnativa contro una sentenza d'appello (46): anzi, nel caso nostro, la indipendenza della azione di impugnativa dall'azione fatta valere nel giudizio di merito è anche più evidente di quanto possa parere la indipendenza dell'azione esecutiva; poiché (mentre per quest'ultima qualche autore-

---

un mezzo di impugnativa sottoposto a *decadenza*, secondo le regole del codice di procedura giusta le quali i termini sono sempre aperti pei gravami fino a che non intervenga notifica della sentenza ». Cfr. anche Ord. giud. Libia, 20 marzo 1913, art. 47.

(46) Cfr. la annotazione del FADDA, in *Foro it.*, 1904, I, 540; e CHIOVENDA, *Principii*, pag. 148, nota.

vole giurista, richiamandosi alla funzione meramente dichiarativa della sentenza (47), ha potuto sostenere che l'azione esecutiva nascente dalla sentenza non fosse altro che una continuazione dell'azione di condanna fatta valere nel precedente giudizio, dal momento che azione esecutiva non sorge se la sentenza non abbia riconosciuto la fondatezza dell'azione di condanna) uguale ragionamento non varrebbe per l'azione di impugnativa, la quale può esistere, come si è veduto, anche quando il giudice d'appello abbia dichiarato infondata l'azione di condanna.

La soluzione adottata dalla Cassazione di Roma risente (come si è osservato per la sentenza precedentemente annotata) l'influsso degli insegnamenti del MORTARA; secondo il quale, mentre l'azione esecutiva nascente da sentenza deve ritenersi sottoposta in ogni caso alla prescrizione trentennale (48), il diritto di impugnare una sentenza dovrebbe prescriversi nello stesso termine in cui si prescrive il « diritto che forma oggetto della pretesa pendente in giudizio » perché, finché è pendente in prima istanza o in appello il giudizio di dichiarazione, « il diritto di cui si chiede la dichiarazione è tuttora allo stato di pretesa », e, non essendo ancora formato un giudicato, in seguito al quale si sostituisca all'azione di condanna, sottoposta a prescrizione di durata variabile secondo la sua speciale natura, l'azione esecutiva che ha sempre la stessa natura, è l'azione di condanna che, nelle pause tra una fase e l'altra del giudizio, resta soggetta alla sua prescrizione speciale (49). Questa teoria, se può avere qualche apparenza di fondatezza di fronte alla sentenza appellabile (ma anche in questo caso il CHIOVENDA l'ha vittoriosamente confutata, osservando che, se l'inizio del processo interrompe la prescrizione — art. 2125 cod. civ. — dell'azione originaria, l'interruzione continua anche dopo la pronuncia della sentenza di primo grado che non chiude il processo, ma solo una fase di esso; talché il diritto di appellare, che nasce mentre la speciale prescrizione dell'azione originaria è interrotta, non può esser sottoposto altro che alla generale prescrizione di trent'anni) (50), pare, a mio avviso, anche più insufficiente di fronte alla sentenza di appello la quale basta, secondo il sistema del doppio grado, a formare la cosa giudicata (51). Non si può dire, dunque, che dopo pronunciata la sentenza d'appello, il diritto di cui si chiede la dichiarazione sia « tuttora allo stato di pretesa »; al contrario, la sentenza di secondo grado chiude il giudizio di merito, accerta in modo definitivo l'esistenza dell'azione

---

(47) Cfr. specialmente FADDA, in *Foro it.*, 1898, I, 1282-1297.
(48) *Comm.*, II, n. 442.
(49) *Comm.*, II, n. 445; IV, n. 182.
(50) *Principii*, pag. 148.
(51) *Cassazione*, II, n. 98.

di condanna; e se per riaprir la trattazione del merito può mediatamente e indirettamente servire l'esercizio di un rimedio straordinario fondato su qualche vizio processuale della sentenza, questo rimedio è sempre un'azione di impugnativa del tutto nuova ed autonoma, la quale mira innanzi tutto, non a trattare il merito (*judicium rescissorium*), ma a toglier di mezzo quella sentenza di merito (*judicium rescindens*), dalla quale il diritto è stato definitivamente accertato (52).

7. — In conclusione si ha l'impressione che la sentenza della Cassazione romana, nel decidere il problema nel senso qui combattuto, non abbia tenuto conto dei resultati ultimi a cui la scienza processuale è pervenuta in relazione alla teoria generale dell'azione, alla teoria della identificazione delle azioni, ed alla teoria dei mezzi per impugnare le sentenze. So anch'io che le sentenze devono giudicare e non teorizzare; ma anche le teorie sono fatte per giovare alla pratica con una maggior precisione di idee e di terminologia, e per risparmiare agli avvocati e ai giudici la fatica delle lunghe meditazioni sugli astratti problemi giuridici; e per questo i cosiddetti « teorici » si meriterebbero dai pratici almeno un segno di riconoscenza, che è anche un segno di... conoscenza: la confutazione.

---

(52) La infondatezza della soluzione accolta dalla Cassazione romana apparirebbe anche più evidente in quei casi in cui, essendo viziata la sentenza d'appello da un difetto che ne produce la inesistenza giuridica o la nullità assoluta, il ricorso in cassazione servirebbe a far valere una vera e propria azione di accertamento negativo, cioè un'azione per sua natura imprescrittibile. Cfr. *Cassazione*, II, nn. 114-115.

VI

RICORSO IN CASSAZIONE E GIURISDIZIONI SPECIALI IN MATERIA AGRARIA (*)

SOMMARIO: 1. Posizione del tema. — 2. Il ricorso per eccesso di potere al Tribunale in base all'art. 18 del decr. lt. 6 maggio 1917; sua natura giuridica. — 3. Giurisprudenza che considera la sentenza del Tribunale denunciabile alle Sezioni unite: critica. — 4. Si dimostra che il Tribunale, in questa sua speciale attribuzione, non è un organo di giurisdizione speciale. — 5. Conseguenze di questo principio: *a*) La sua sentenza non è mai denunciabile alle Sezioni unite. — 6. *b*) È denunciabile alla Cassazione territoriale in base all'art. 517 Cod. proc. civ. — 7. Ragioni di questa soluzione. — 8. *c*) La misura del deposito è quella stabilita dall'art. 521 Cod. proc. civ.; altrimenti sarebbe applicabile l'art. 11 della legge sui Probiviri. — 9. Considerazioni sulla competenza delle Cassazioni territoriali a pronunciarsi sulla questione decisa dalla sent. 13 luglio 1922 della Cass. di Firenze. — 10. Conclusioni riassuntive.

1. — Tra le numerose questioni di diritto processuale alle quali ha dato luogo in questi ultimi anni la istituzione delle Commissioni arbitrali mandamentali per le controversie agrarie, offrono notevole interesse quelle, salite ripetutamente fino al giudizio delle Corti supreme, relative alla ammissibilità e alle modalità del ricorso in cassazione contro la sentenza del Tribunale che abbia deciso sul reclamo per eccesso di potere presentato, secondo l'art. 18 del decr. lt. 6 maggio 1917 n. 871, contro la decisione di una Commissione arbitrale mandamentale. È noto che di recente il decr. legge 19 novembre 1921 n. 1689, unificando le varie Commissioni arbitrali agrarie, ha reso generale per esse la disposizione, contenuta nell'art. 6 della l. 7 aprile 1921 n. 407, secondo la quale la sentenza del Tribunale, in questa sua speciale attribuzione, « non è soggetta ad alcun mezzo di gravame »; ed è, a mio avviso, indubitabile (come meglio dirò oltre, n. 7), che, per le controversie sorte dopo l'entrata in vigore di questa legge, non si può

(*) [Pubblicato in *Il Foro italiano*, vol. XLVII, 1922, P.I., cc. 731-745 e in *Rivista di diritto agrario*, nn. 3 e 4, 1922, pagg. 125-144, 265-270. Ristampato in *Studi*, II, pagg. 159-185]. [*Bibliografia*, n. 71].

più parlare di ricorso in cassazione (né alle Sezioni unite né alla Corte territoriale) contro siffatte sentenze. Ma la questione si presenta assai meno semplice per le controversie che cadono sotto la efficacia del decr. lt. 6 maggio 1917, com'era quella su cui di recente si è pronunciata la Cassazione fiorentina con la sentenza 13 luglio 1922, che mi ha invogliato a scrivere le presenti note.

Il fatto della causa era, in breve, il seguente. Contro una decisione della Commissione arbitrale mandamentale di Modigliana, che aveva convalidato la licenza data da Paganelli Carlo al suo colono Santolini Giovanni, questi ricorse per eccesso di potere al Tribunale di Rocca S. Casciano, il quale dichiarò inammissibile tale reclamo perché proposto fuor dei termini stabiliti dall'art. 459 Cod. proc. civ., indirettamente richiamato dall'art. 20 del suddetto decr. lt. 6 maggio 1917. Il Santolini, ritenendo che il Tribunale avesse malamente interpretato l'art. 459, ricorse allora contro la sentenza del Tribunale alla Cass. di Firenze per violazione di legge, corredando il suo ricorso della ricevuta di deposito di L. 75, in conformità dell'art. 521 Cod. proc. civ.; ma la Corte di cassazione, senza entrare nel merito del ricorso, lo dichiarò inammissibile per insufficienza del deposito, ritenendo che alle sentenze del Tribunale, quando giudica sui ricorsi per eccesso di potere contro le decisioni delle Commissioni arbitrali agrarie, non si applichi la misura di L. 75 stabilita dall'art. 521, ma quella di 150 che, per costante giurisprudenza delle Sez. Unite, si ritiene necessaria a impugnare in cassazione le pronuncie delle giurisdizioni speciali.

Le basi giuridiche, su cui tale decisione della Suprema Corte fiorentina si fonda, meritano una attenta disamina; non tanto per la soluzione data alla speciale questione della misura del deposito (la quale, del resto, era già stata precedentemente decisa nello stesso senso da pronuncie delle Sezioni unite) (1) quanto per il fatto che tale soluzione non è che uno dei molteplici corollarî di una massima più generale e suscettibile di svariate conseguenze pratiche, che la Cassazione di Roma sembra avere ormai stabilmente fissato nella sua giurisprudenza: della massima, cioè che le sentenze del Tribunale civile, quando esso decide come giudice di impugnativa in seguito a reclamo per incompetenza o eccesso di potere presentato contro decisioni speciali, *siano alla loro volta da considerarsi come sentenze di una giurisdizione speciale.*

Questa massima, che la Cassazione di Roma ha avuto occasione di proclamare in relazione alle sentenze pronunciate dai Tribunali come giudici di impugnativa contro le decisioni delle Commissioni

---

(1) Decisione del 26 luglio 1919, in *Foro it.*, 1919, I, 875.

arbitrali mandamentali in materia di contratti agrarî, non può, a mio parere, essere accolta senza le più ampie riserve: a esporre le quali mirano appunto le presenti note.

2. — È noto che per l'art. 3 n. 3 della legge 31 marzo 1877, la Cassazione di Roma a Sezioni unite è competente a conoscere delle nullità per incompetenza o eccesso di potere delle sentenze pronunciate dalle *giurisdizioni speciali*; ed è noto altresì che questo rimedio estremo da portarsi alle Sezioni unite non mira, come l'appello, a garantire, attraverso un riesame della controversia, la giustizia della decisione sul merito, né a mantenere, come il ricorso per cassazione alle Corti territoriali, l'esatta interpretazione della legge: mira invece soltanto a salvaguardare le attribuzioni dell'autorità giudiziaria ordinaria, dando al suo supremo organo l'ufficio di impedire che le giurisdizioni speciali, sottratte come sono al sistema di impugnative preordinato per le sentenze dei giudici ordinarî, possano esercitare la loro attività fuor dei limiti voluti dal legislatore (2).

Talora però il legislatore, per raggiungere con maggior economia e con maggior comodità dei ricorrenti lo stesso scopo di lasciare all'autorità giudiziaria ordinaria l'ultima parola sull'attività delle giurisdizioni speciali, preferisce deferire questo reclamo per incompetenza o eccesso di potere, che di solito va alle Sezioni unite, a qualche altro organo ordinario più vicino ai litiganti, come potrebbe essere il Pretore o il Tribunale. Così è stato stabilito per le decisioni della giuria dei Probiviri, le quali per l'art. 11 della l. 15 giugno 1893 « non sono soggette ad appello che per motivi di incompetenza o di eccesso di potere; nei quali casi la cognizione dell'appello spetta, secondo il valore della controversia, al Pretore o al Tribunale rispettivamente secondo i casi competenti per territorio »; così più di recente, e certo sull'esempio di quanto è praticato per i Probiviri, la stessa forma di impugnativa è stata adottata per le decisioni delle Commissioni arbitrali mandamentali in materia agraria dal decr. lt. 6 maggio 1917 n. 871, il cui art. 18 dispone che contro di esse « è ammesso ricorso soltanto per eccesso di potere; il ricorso è giudicato dal Tribunale » (3). Come anche la Cassazione di Roma ha esattamente ritenuto (cfr. per ultimo le decisioni delle Sez. unite 24 novembre 1919, in *Giur. it.*, 1919 I, 1, 1208; e 19 febbraio 1919 in *Giur. it.*, 1920 I, 1, 166), questo ricorso per incompetenza o eccesso di potere contro pronuncie di giurisdizioni

(2) Cfr. ROMANO, *I giudizî sui conflitti delle competenze amministrative* (in *Trattato* dell'ORLANDO, Vol. III) n. 46, pag. 1222.

(3) Cfr. SEGNI, *La legislazione processuale di guerra*, in *Studî sassaresi*, 1921, I, pag. 108 e segg., specialmente n. 7.

speciali, che eccezionalmente, invece che alle Sezioni unite, si porta a un altro giudice ordinario più vicino ai ricorrenti, non è dato né in aggiunta né in concorrenza col ricorso che per gli stessi motivi la legge 31 marzo 1877 deferisce alla cognizione delle Sezioni unite, ma è dato puramente e semplicemente *in luogo* di quello: anzi si può dire che il ricorso deferito in questi casi eccezionali al Pretore o al Tribunale è, salva la diversità dell'organo competente a decidere, *lo stesso ricorso* regolato dall'art. 3 n. 3 della legge 31 marzo 1877 (4). Identico è infatti, qua e là, lo scopo di attribuire a un organo della giurisdizione ordinaria il controllo sull'attività delle giurisdizioni speciali; identici sono i motivi di impugnativa; identica è la struttura processuale del reclamo, costruito come un'azione di impugnativa che tende all'annullamento della sentenza denunciata (o come un'azione di accertamento negativo, se si ritiene che le decisioni di giurisdizioni speciali viziate da incompetenza o da eccesso di potere siano assolutamente nulle). Il fatto che questo ricorso per incompetenza o eccesso di potere, deferito a un organo giudiziario diverso dalle Sezioni unite, sia talvolta chiamato dalla stessa legge coll'inesatta denominazione di « appello » (cfr. art. 11 citata l. sui Probiviri), non può in alcun modo alterare la sostanza del fenomeno (5).

3. — Ammesso, dunque, il principio che il Tribunale, quando è giudice di impugnativa per incompetenza o eccesso di potere contro le decisioni delle Commissioni arbitrali mandamentali in materia agraria, esercita la stessa funzione di controllo dell'autorità giudiziaria ordinaria sulle giurisdizioni speciali che comunemente è esercitato dalla Cass. di Roma a Sez. unite, sorge ora un problema: la sentenza del Tribunale, che decide su tale impugnativa, è impugnabile a sua volta? E, in caso affermativo, dinanzi a qual giudice e per quali motivi?

Per rispondere a tali quesiti la Suprema Corte di Roma ha preso le sue mosse da una premessa, che a me sembra, francamente, tutt'altro che persuasiva: dalla premessa, cioè, che il Tribunale, nell'esercizio di questa sua funzione di controllo, debba a sua volta considerarsi come un organo di giurisdizione speciale. La Cassazione fiorentina, nella sentenza 13 luglio 1922, ha detto che in questi casi « la funzione « del tribunale, analoga a quella della Suprema Corte, è veramente

---

(4) Così le Sez. unite, anche nella citata decisione del 26 luglio 1919: « In sostanza può dirsi che l'art. 18 concede al tribunale, in confronto delle decisioni delle Commissioni arbitrali, l'eccezionale attribuzione concessa dall'art. 3 n. 3 della legge 31 marzo 1877 alle Sezioni Unite di questa Cassazione ecc. ».

(5) Cfr. Cass. Torino 4 aprile 1919 in *Giur. it.*, 1919, I, 1913 « ... il reclamo, *impropriamente ma comunemente detto appello*, ecc. ».

« *del tutto speciale*; e per quanto affidata ad un organo ordinario di « giurisdizione quale è il tribunale, perché più vicino ai contendenti e « perché più sollecita possa esserne la decisione, non cessa per questo « di mantenere questo suo carattere di *organo di giurisdizione speciale* « *superiore* »; e in ciò, come sopra si è avvertito, non ha fatto altro che uniformarsi all'avviso della Corte romana, la quale ha motivato così: « è da concludere che una tale giurisdizione, sebbene attribuita ad un organo ordinario, il tribunale, è una giurisdizione speciale e questo è investito ed esplica nel caso *una giurisdizione speciale di grado superiore*, ma di natura non differente da quella mandamentale » (6).

Partendo da questa premessa, è facile intendere a quale conclusione si deve logicamente arrivare: se il Tribunale, in quanto esercita questa sua speciale attribuzione, è esso stesso una giurisdizione speciale, le sue decisioni devono essere impugnabili in quelle forme e per quei motivi per cui sono in generale impugnabili le decisioni delle giurisdizioni speciali, ossia, a loro volta, alle Sezioni unite per incompetenza o eccesso di potere, in base al solito art. 3 n. 3 della l. 31 marzo 1877. A questa conclusione sono giunte infatti le varie Corti Supreme in numerose decisioni pronunciate in questi ultimi anni; ma nella loro giurisprudenza vi è stata di recente una notevole variazione, consistente in ciò: che mentre da principio si ammetteva che la sentenza del Tribunale potesse esser denunciata alle Sezioni unite per gli *stessi* vizî di incompetenza o eccesso di potere per cui era stata impugnata dinanzi al Tribunale la decisione della Commissione arbitrale mandamentale (cfr. Cass. Torino, 16 dicembre 1918 in *Giur. it.*, 1919, I, 1, 274), in seguito la Cass. di Roma (Sez. Unite, 24 gennaio 1922 in *Studî sassaresi - Supplemento di giurisprudenza*, 1922, I, pag. 1, con nota contraria del Prof. A. Segni) ha ritenuto che la sentenza del Tribunale possa a sua volta essere denunciata alle Sezioni unite soltanto per *nuovi* motivi di incompetenza o eccesso di potere ad essa proprî.

4. — Non credo che sia il caso di domandarci se questa recente variazione della giurisprudenza appaia giustificata, o se non fosse invece preferibile il principio seguito dalle decisioni anteriori: io penso infatti che tutta questa giurisprudenza, la più recente come la più antica, sia viziata da un errore comune, consistente nell'aver confuso tra *giurisdizione speciale* (organo di giurisdizione speciale) e *competenza speciale* di un organo della giurisdizione ordinaria. Le varie decisioni in materia, ed anche questa che annotiamo, si affati-

(6) Citata decisione 26 luglio 1919, in *Foro it.*, 1919, 877.

cano a dimostrare come le Commissioni arbitrali mandamentali per i contratti agrarî, colla speciale loro composizione personale e col loro speciale procedimento, siano indubbiamente giurisdizioni speciali (7). Ma con ciò sfondano porte aperte; mentre il punto da dimostrare è quest'altro: che un organo di giurisdizione ordinaria (Tribunale) si trasformi miracolosamente in giurisdizione speciale, solo perché è chiamato a giudicare sui vizî di una decisione di una giurisdizione speciale qual'è la Commissione arbitrale mandamentale. A nessuno finora era neppur passato per la mente che la Cassazione di Roma a Sez. un., quando giudica sui ricorsi per nullità ex art. 3 n. 3 legge 1877, si trasformi in una giurisdizione speciale: e non si capisce perché questo cambiamento di... connotati debba capitare al Tribunale quando assolve la stessa funzione delle Sezioni unite! Né mai si è sentito dire che diventi giudice speciale il Tribunale (o il Pretore) quando decide sulla impugnativa per incompetenza o eccesso di potere contro le decisioni dei Probiviri: colla stessa logica si sarebbe altrimenti autorizzati ad affermare che il Tribunale, quando giudica in secondo grado sull'appello contro un lodo di arbitri (art. 29 Cod. proc. civ.) acquista per ciò solo natura arbitrale!

Per vedere se il Tribunale, quando decide sulla suddetta impugnativa, sia da considerarsi un organo di giurisdizione speciale, bisogna guardare se il Tribunale ha, in questa sua funzione, i requisiti necessarî e sufficienti per esaurire il concetto di giurisdizione speciale. La nozione di giurisdizione speciale, nei suoi rapporti colla nozione correlativa di giurisdizione ordinaria, è di definizione tutt'altro che facile, sicché si potrebbe ripetere per le giurisdizioni speciali ciò che la Glossa dice del notorio: « *de notorio loquimur et quid sit notorium ignoramus* ». E quasi sembra che quanto più si aggrava e si diffonde nel nostro ordinamento giudiziario questo morbo epidemico che sono le giurisdizioni speciali, tanto meno i medici riescano a mettersi d'accordo sulla vera natura della malattia! A ogni modo mi pare che la più recente dottrina sia ormai d'accordo su questo concetto fondamentale: che, mentre la giurisdizione degli organi ordinarî ha soltanto limiti negativi, in quanto essi organi « appartengono a un complesso investito idealmente di tutta la giurisdizione » (8), colla sola esclusione di quelle controversie che la legge ad essi espressamente sottrae (9),

---

(7) Così la citata decisione delle Sez. unite 26 luglio 1919, in *Foro it.*, 1919, 876.

(8) Chiovenda, *Principii*, 3ª ed., pag. 368.

(9) Così infatti si esprime la legge sull'ordinamento giudiziario germanico, § 13; cfr. Doerer, *Allgemeine Lehren der Gerischtsverfassung* (in *Arch. des öff. Rechts*, XLI, 1921, pag. 53 e segg.) pag. 69; Stein, *Grundriss des Zivilprozessrechts* (Tübingen, 1921) pag. 58.

gli organi di giurisdizione speciale sono competenti soltanto a decidere quelle controversie che la legge ad essi *positivamente deferisce* (10).

Dal complesso di tutte le possibili controversie, che dalla legge sono attribuite in genere alla cognizione dei giudici ordinarî (la cui giurisdizione è perciò *generale*), il legislatore stralcia, isola per così dire, una determinata specie di controversie, e per la decisione di queste, crea *un organo apposito*, la cui giurisdizione è perciò *speciale*, in quanto esso ha potere di giudicare su una limitata categoria di liti, le quali, se tale organo non fosse stato istituito, apparterrebbero alla cognizione degli organi ordinarî. Ma questo carattere, che appar fondamentale, della *specialità delle controversie*, non è il solo che distingue questi organi; altri caratteri, forse secondarî, ma più appariscenti, quasi sempre vi si accompagnano: quali sarebbero quelli della *speciale composizione dell'organo* (giudici popolari non appartenenti alla magistratura; speciale reclutamento; composizione paritetica), dello *speciale procedimento*, più celere e più semplice di quello ordinario, degli *speciali poteri di decisione* (giudizî di equità), etc. (11).

La contemporanea esistenza di tutti gli accennati caratteri è evidente, senza bisogno di passarli in rassegna uno per uno, nelle Commissioni arbitrali mandamentali istituite in materia agraria; ma quale di essi, non dico tutti ma almeno uno, è dato riscontrare nel Tribunale quando decide sui ricorsi contro le sentenze di queste Commissioni? Non la speciale composizione personale, perché il Tribunale, anche quando giudica su questi ricorsi, si compone di magistrati e non di rappresentanti di classe; non lo speciale procedimento, perché nessuna legge stabilisce una procedura diversa dall'ordinaria per la trattazione di questi ricorsi; non speciali poteri di equità, perché il Tribunale resta, anche in questa sua attribuzione, giudice di stretto diritto. Soprattutto poi manca qui la *specialità delle controversie*; inquantoché, quando il legislatore attribuisce in sede di ricorso ai Tribunali la competenza a conoscere — sia pure in relazione a determinati vizî — controversie in materia di contratti agrarî, non fa altro che restituire in tal modo all'autorità giudiziaria ordinaria una competenza che ad essa sarebbe spettata in conseguenza della generalità della sua giurisdizione, ove il legislatore non l'avesse espressamente attribuita ad organi speciali appositamente creati. Ma, si potrebbe rispondere, il Tribunale, quando è giudice di impugnativa contro le decisioni delle Commissioni arbi-

---

(10) Cfr. anche ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative* (in Trattato dell'ORLANDO, Vol. III) pag. 523.

(11) Cfr. nella citata opera del ROMANO, tutto il Cap. I, *Il concetto di giurisdizione speciale*, pag. 509 e segg., di importanza veramente fondamentale.

trali, esercita una attribuzione che non rientra tra quelle sue proprie, poiché esso è investito con ciò eccezionalmente di una funzione di controllo che di regola spetta alle Sezioni unite. E ammettiamo pure che in questo caso il Tribunale eserciti una competenza *speciale* (nel senso di competenza normalmente attribuita ad altro giudice *ordinario*); ma il fatto che al Tribunale, organo di giurisdizione ordinaria, sia eccezionalmente attribuita una competenza che di solito spetta *a un altro organo di giurisdizione ordinaria*, autorizza a qualificarlo come organo di giurisdizione speciale? Qui, evidentemente, si equivoca tra giurisdizione speciale e competenza speciale di un organo ordinario (12); e pare impossibile che in questo equivoco si possa ricadere oggi, dopo che tanto si è scritto per dimostrare come fosse assurda l'opinione, ormai definitivamente tramontata, di chi seguitava a parlare di una speciale giurisdizione commerciale esercitata dai Tribunali ordinarî dopo avvenuta la abolizione dei Tribunali speciali di commercio. Contro l'avviso di chi ha potuto affermare la sopravvivenza di una giurisdizione commerciale speciale dopo l'abolizione degli organi speciali che di tale giurisdizione erano investiti, sono state opposte dai due più autorevoli processualisti nostri, considerazioni che si attagliano perfettamente anche al nostro caso. « La giurisdizione *speciale* suppone un *organo speciale*: abolito l'organo speciale cessa la giurisdizione speciale », scrive il CHIOVENDA (*Principii*, pag. 515); e il MORTARA (*Commentario*, II, n. 101): « Non vi può essere « frazionamento di potestà giurisdizionale... *se non a condizione che « esista una pluralità di organi fra i quali le singole frazioni di quel « potere vadano distribuite.* Dove e quando la pluralità scompare e « subentra l'unità, viene meno necessariamente il titolo per la di- « stinzione della competenza ».

Ora, di fronte a questi insegnamenti di maestri insigni, come si può seriamente sostenere che il Tribunale civile sia equiparabile nel caso nostro a un organo di giurisdizione speciale? Questa espressione di « giurisdizione speciale » è nell'uso comune, così elastica e imprecisata, che niente vieta, purché ci si metta d'accordo in precedenza, di adoprarla anche per indicare tutti i casi, numerosissimi (13), di competenze speciali di organi ordinarî (quando ci si intende prima, è permesso anche, se uno ci prova gusto, chiamar nero il bianco o viceversa!); ma qui, nel caso nostro, non si tratta di sbizzarrirsi a creare

---

(12) Cfr. nettissima la distinzione in ROMANO, op. cit., pag. 519 e seg.

(13) Cfr. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali*. cit.. pag. 518; « Ognuno vede come, in tal modo, alle parole giurisdizione speciale viene ad attribuirsi un significato così largo che una buona metà del diritto giudiziario è capace di essere raggruppato sotto di esse ».

a capriccio significati arbitrarî di tale espressione, ma si tratta soltanto di stabilire se il Tribunale civile in questa sua attribuzione, possa esser considerato una giurisdizione speciale *in quel senso in cui questa espressione è usata dalla legge 31 marzo 1877*. E allora, se si pone così il problema, la risposta non può esser che negativa. « Per giurisdizioni e tribunali ordinarî da un pezzo si intendono tutti e soltanto quelli facienti parti dell'ordine giudiziario, di fronte ai quali tutti gli altri possono dirsi speciali », scrive il CODACCI PISANELLI, di cui il ROMANO (14) riporta le parole come quelle che più chiaramente esprimono il punto di vista dal quale, quando parla di « giurisdizioni speciali », si è posta la legge del 1877. Si può dire ora che il Tribunale, quando giudica sul ricorso contro le decisioni delle Commissioni mandamentali agrarie, cessi di far parte dell'ordine giudiziario? Si può dire, inversamente, che la legge del 1877 abbia inteso sotto la espressione di « giurisdizioni speciali » comprendere tutti i casi in cui un organo della giurisdizione ordinaria esercita una competenza *speciale*, cioè una funzione normalmente attribuita a un altro giudice ordinario? Basta porre queste domande, perché la risposta negativa si imponga (15).

5. — La sentenza del Tribunale che giudica in sede di ricorso contro la decisione di una Commissione arbitrale mandamentale è dunque nient'altro che la sentenza di un organo di giurisdizione ordinaria.

Da questa premessa, la cui esattezza mi sembra indiscutibile, discendono le seguenti conseguenze:

a) La sentenza pronunciata dal Tribunale in sede di ricorso per eccesso di potere contro la decisione di una Commissione arbitrale mandamentale (decr. lt. 6 maggio 1917, art. 18) *non può mai essere denunciata alle Sezioni unite della Cass. di Roma*. Queste sono competenti, per la legge 31 marzo 1877, a giudicare sulle nullità per incompetenza o eccesso di potere delle « giurisdizioni speciali »: il Tribunale non è in questo senso una giurisdizione speciale; dunque — la conclusione non è davvero peregrina! — la sua sentenza non è denunciabile alle Sezioni unite.

Questa soluzione così semplice appare là più razionale, quando si rifletta a quello che è lo scopo, pocanzi accennato, del ricorso alle

---

(14) *Le giurisdizioni speciali*, cit., pag. 529: cfr. anche *I giudizî sui conflitti*, cit., pag. 1226.

(15) Cfr. in questo senso, SEGNI, citata Nota, pag. 4; RICCA-BARBERIS, *Sulla competenza delle commissioni arbitrali mandamentali in materie di affitti*, in *Riv. dir. civ.*, 1920, pag. 264.

Sezioni unite per incompetenza o eccesso di potere contro le decisioni di giurisdizioni speciali: se questo ricorso mira, come si avvertì, a mantenere intatte le attribuzioni dell'autorità giudiziaria ordinaria contro gli eventuali sconfinamenti delle giurisdizioni speciali, non si intende che bisogno ci sia di questa forma di ricorso per difendere la giurisdizione ordinaria dagli sconfinamenti del Tribunale, che è anch'esso un organo di giurisdizione ordinaria! (16).

Ma anche lasciando da parte le considerazioni desunte dallo scopo istituzionale del ricorso alle Sezioni unite, certo è che solamente questa soluzione radicalmente negativa si regge di fronte alla stessa lettera della legge. Infatti la soluzione adottata dalle Sezioni unite colla citata decisione 24 gennaio 1922 (ricorso alle Sezioni unite contro la sentenza del Tribunale per vizî di incompetenza o eccesso di potere *proprî* della sentenza stessa) urta contro l'argomento insuperabile che il Tribunale non è una di quelle « giurisdizioni speciali » che la l. 31 marzo 1877 sottopone al controllo delle Sezioni unite.

La soluzione adottata dalla giurisprudenza meno recente (ricorso alle Sezioni unite contro la sentenza del Tribunale, ma per gli stessi motivi per i quali era stata impugnata dinanzi al Tribunale la decisione della Commissione arbitrale) urta non solo contro lo scoglio precedente, ma anche contro un'altra difficoltà esattamente rilevata dal Segni (17) e consistente in ciò: che, ove si ammettesse il ricorso alle Sezioni unite contro la decisione del Tribunale per gli stessi motivi di incompetenza o eccesso di potere già inutilmente denunciati al Tribunale, si verrebbe in realtà a impugnare con ciò la sentenza del Tribunale per avere erroneamente disconosciuto la esistenza della incompetenza o dell'eccesso di potere nella sentenza della Commissione arbitrale, ossia per aver commesso un *error in judicando* ben diverso da quel vizio di incompetenza o di eccesso di potere (*error in procedendo*) proprio della decisione che si denunzia, sul quale deve essere basato, a pena di inammissibilità, il ricorso alle Sezioni unite ex art. 3 n. 3 della legge 31 marzo 1877; cosicché questa seconda soluzione porterebbe in sostanza a questo bel resultato: a ritenere impugnabile dinanzi alle Sezioni unite, competenti a conoscere sui ricorsi per incompetenza o eccesso di potere delle giurisdizioni speciali, una sentenza di un giudice ordinario non viziata né da incompetenza né da eccesso di potere!

Una terza soluzione suggerisce il Segni la quale, se ho ben capito quanto egli scrive nella citata sua Nota (pag. 5 in fine e pag. 6), con-

---

(16) Cfr. Segni, Nota citata, pag. 4 in fine.

(17) Nota cit., pag. 4 in principio.

sisterebbe in ciò: che, dopo avere sperimentato contro la decisione della Commissione arbitrale mandamentale il ricorso per eccesso di potere dinanzi al Tribunale in base all'art. 18 del decr. lt. 6 maggio 1917, si potrebbe esperimentare, *contro la stessa decisione della Commissione arbitrale mandamentale*, un nuovo ricorso per gli stessi motivi alle Sezioni unite, in base all'art. 3 n. 3 della l. 31 marzo 1877. Ora, francamente, se questo è il pensiero del SEGNI, mi pare che il rimedio sia peggiore del male. Contro tale opinione si può innanzi tutto obiettare che in questo modo si verrebbe a togliere ogni significato ed ogni utilità alla disposizione dell'art. 18 del decr. 6 maggio 1917, il quale, come si è visto, per evitare ai litiganti il dispendio e le lungaggini di un procedimento dinanzi alle Sezioni unite, deferisce al Tribunale territorialmente competente *quello stesso ricorso* che normalmente si porta alle Sezioni unite: mentre, se si seguisse la via suggerita dal SEGNI, si verrebbe a complicare il procedimento dove la legge intendeva di semplificarlo, ed a sperimentare, contravvenendo ad ogni più elementare principio processuale, due volte la stessa azione di impugnativa contro la stessa sentenza. Ma v'è di più: che un secondo ricorso per gli stessi motivi diretto alle Sezioni unite immediatamente contro la decisione della Commissione arbitrale non sarebbe possibile se non a patto di ignorare la sentenza pronunciata dal Tribunale sul primo ricorso: il che significa, in altre parole — poiché l'assurdità giuridica di un siffatto gratuito annientamento della pronuncia del Tribunale è evidente — che il ricorso alle Sezioni unite contro la decisione della Commissione arbitrale sarebbe in realtà un ricorso contro la sentenza del Tribunale: con che si verrebbe a ricadere sulla ipotesi precedente e a urtare nei medesimi ostacoli.

L'unica soluzione logica è dunque questa che contro la decisione del Tribunale il ricorso alle Sezioni unite è in ogni caso escluso; né vale invocare in contrario quella giurisprudenza, ripetutamente affermata dalle Sezioni unite, secondo la quale contro le sentenze *delle giurisdizioni speciali* si può in ogni caso ricorrere alle Sezioni unite anche se una disposizione di legge abbia escluso espressamente l'ammissibilità di ogni gravame in via amministrativa o giudiziaria (18): questa massima infatti, non autorizza ad ammettere il ricorso alle Sezioni unite contro la sentenza del Tribunale, perché il Tribunale non è una giurisdizione speciale: né tantomeno ad ammetterlo direttamente contro la decisione della Commissione mandamentale arbitrale, perché come abbiamo già detto nel confutare la opinione del

(18) Cfr. Cass. Roma Sez. unite 8 luglio 1918 in *Foro it.*, 1918, I, 1105; 3 aprile 1919, *ib.* 1919, I, 532; 31 marzo 1921 in *Giur. it.*, 1921, I, 1. 332; cfr. anche SEGNI, *La legislazione processuale di guerra*, cit., pag. 125.

SEGNI, questo ricorso, proposto dopo che già sul primo ricorso avesse deciso il Tribunale, servirebbe in sostanza a impugnare davanti alle Sezioni unite la stessa sentenza di un giudice ordinario con un rimedio concesso soltanto contro le decisioni delle giurisdizioni speciali.

6. — *b*) Seconda conseguenza del principio posto sopra è questo: che la sentenza del Tribunale pronunciata in sede di ricorso per eccesso di potere contro la decisione di una Commissione arbitrale mandamentale è denunciabile alla Cassazione territoriale per tutti i vizî (art. 517 Cod. proc. civ.) per cui sono impugnabili in cassazione le sentenze pronunciate in grado di appello dai giudici ordinarî. A questa conclusione giunge anche il RICCA-BARBERIS (19), partendo dalla premessa che il Tribunale, anche in questa sua speciale attribuzione, continua ad essere un giudice ordinario; ma sembra poi che egli, come il SEGNI, esiti a trarre da questa sua esatta premessa tutte le conseguenze che da essa logicamente deriverebbero, poiché par disposto ad ammettere che la sentenza del Tribunale sia a scelta impugnabile dinanzi alla Cassazione territoriale per violazione o falsa applicazione di legge, o dinanzi alle Sezioni unite per incompetenza o eccesso di potere; senza considerare che questi due rimedî si escludono a vicenda, e che sarebbero tra loro compatibili soltanto quando il Tribunale, in questa sua attribuzione si ritenesse dotato magicamente di una doppia natura, sì da poter presentare la faccia di giudice ordinario alla Cassazione territoriale e quella del giudice speciale alle Sezioni unite! (20).

Anche il SEGNI nella citata sua Nota, sembra per un momento inclinato a ritenere in questo caso ammissibile il ricorso alla Cassazione territoriale in base all'art. 517 Cod. proc. civ., ma poi recede da tale avviso con queste parole: « per ammettere il ricorso per violazione di

---

(19) Nel citato scritto *Sulla competenza delle Commissioni arbitrali mandamentali in materia di affitti*, pag. 263.

(20) L'argomento di analogia che il R. B. trae dall'art. 110 del r. decr. 24 novembre 1919 n. 2169 sull'imposta straordinaria sul patrimonio, il quale espressamente ammette, contro le decisioni della Commissione erariale centrale, tutt'e due le forme di ricorso, non mi par persuasivo; questa Commissione è indubbiamente una giurisdizione speciale, le cui decisioni, ove non esistesse il surricordato art. 110, potrebbero essere impugnate soltanto dinanzi alle Sezioni unite, in base all'art. 3 n. 3 della legge 31 marzo 1877. La ragione per la quale l'art. 110, oltre ché il ricorso alle Sezioni unite per incompetenza o eccesso di potere, ammette anche contro queste decisioni il ricorso alla Cass. di Roma, Sezione civile, per violazione o falsa interpretazione di legge (non per altri motivi dell'art. 517 Cod. proc. civ.) è dato dalla necessità (cui obbedisce anche la l. 12 dicembre 1875, art. 3, n. 5 lett. *a*) di avere una interpretazione giurisprudenziale uniforme in tutto lo Stato in materia di diritto tributario. Si tratta, cioè, di una ragione specialissima, da cui non si può trarre alcuna analogia al caso nostro.

legge alle varie Cassazioni territoriali, non mi pare che vi sia altra via che considerare il Tribunale come giudice di appello della Commissione arbitrale, ciò che è inesatto, perché le decisioni di questi giudici di equità sono inappellabili, e il Tribunale giudica non su un appello, ma su un ricorso di nullità e quindi non come giudice di appello ». Lo stesso argomento era stato portato, nella controversia decisa dalla sentenza che annotiamo, dalla parte controricorrente; ma la Cass. di Firenze, accogliendo la eccezione preliminare di insufficienza del deposito, non ha avuto occasione di pronunciarsi su di esso: il quale, a mio credere, è decisamente infondato.

L'art. 517 Cod. proc. civ. e l'art. 123 della legge sull'ordinamento giudiziario (oggi art. 65 del decr. 14 dicembre 1921) stabiliscono che il ricorso in cassazione alle Corti territoriali può essere proposto soltanto contro le sentenze « pronunciate in grado di appello »: quale è il preciso significato di tale espressione? È noto che nel nostro diritto processuale la parola « appello » significa, in un senso tecnicamente preciso, quel mezzo di gravame che si porta al giudice di secondo grado per ottenere un riesame in fatto e in diritto (*novum judicium*) della controversia già decisa dal giudice inferiore; ma accanto a questo significato specifico e ristretto, la parola appello ha anche, specialmente nel linguaggio dei pratici, il significato più ampio e generico (equivalente a quello di « reclamo » o « ricorso ») di impugnativa portata *al giudice superiore*, non solo per investirlo di un riesame del merito della controversia in tutta la sua ampiezza, ma anche per far valere dinanzi a lui singoli vizî specifici del giudicato. Tutti siamo d'accordo nel ritenere che la impugnativa per eccesso di potere che l'art. 18 del decr. 1917 ammette contro le decisioni delle Commissioni mandamentali arbitrali non è un appello nel significato tecnicamente esatto della parola: questa impugnativa, che il decr. chiama « ricorso », non è infatti, nella sua struttura processuale, che una vera e propria querela di nullità portata al giudice superiore. Ma se la parola « appello » nel significato suo specifico non si adatta a questo ricorso per eccesso di potere, non si può negare che nelle nostre leggi si hanno varî casi in cui la parola « appello » è adoprata non nel senso suo proprio, ma in quel senso meno esatto e meno ristretto che sopra abbiamo accennato. Anzi vi è di più: che proprio in alcuni casi il nostro legislatore chiama « appello » una impugnativa del tutto identica a quella costruita dall'art. 18 del decr. 6 maggio 1917, cioè il reclamo che si porta al giudice superiore per incompetenza o eccesso di potere. Ci limitiamo a citare due esempî: per l'art. 459 Cod. proc. civ., modificato dagli artt. 6-18 della legge 16 giugno 1892 sui Conciliatori, le sentenze dei Conciliatori, relative a controversie non eccedenti le Lire cinquanta, sono impugnabili soltanto per il motivo di incompe-

tenza: è chiaro che in questo caso, quantunque la legge parli di appello, siamo di fronte a una vera e propria querela di nullità che non dà luogo a un *novum judicium* sul merito; eppure l'art. 83 del Cod. proc. civ., secondo il quale « i Pretori pronunziano *in grado di appello* sulle sentenze dei Conciliatori nei casi degli artt. 456, 458 e 459 » espressamente comprende fra le sentenze pronunciate in grado di appello anche quelle pronunciate dal Pretore nel caso, contemplato dall'art. 459, di semplice ricorso per incompetenza! Altro esempio: nessuno vorrà negare il perfetto parallelismo che passa tra la impugnativa per eccesso di potere, che si porta al Tribunale per l'art. 18 del decr. 6 maggio 1917 contro le decisioni delle Commissioni arbitrali mandamentali, e la impugnativa per lo stesso motivo che, per l'art. 11 della legge 15 giugno 1893, si porta al Pretore o al Tribunale contro le decisioni della giuria probivirale. Ebbene, questa impugnativa, che l'art. 18 del decr. 1917 chiama « ricorso », è chiamata dalla legge 1893 « appello »; cosicché niente vieta di chiamare appello, in un senso generico, anche il ricorso per eccesso di potere contro le decisioni delle Commissioni arbitrali mandamentali.

Ciò premesso, quando noi diciamo che alla Cassazione territoriale sono denunciabili soltanto le sentenze pronunciate « in grado di appello », dobbiamo ritenere che in questa frase siano comprese solamente le sentenze pronunciate dal giudice di secondo grado investito di un completo riesame della lite in fatto e in diritto (*novum judicium*) o dobbiamo invece ritenere che sotto tale espressione si comprendano tutti i casi di sentenze pronunciate *dal giudice superiore* in sede di impugnativa? La questione, a mia scienza, non è stata considerata di proposito dalla dottrina: la quale si limita a escludere che nella frase « sentenze pronunciate in grado d'appello » si possano comprendere le sentenze dei giudici *di primo grado* dichiarate inappellabili dalla legge, ma non esamina la ipotesi, ben diversa, di sentenze pronunciate da giudici di secondo grado in seguito a una impugnativa contro decisioni di giudici inferiori, che non abbia i caratteri tecnici di un vero e proprio appello. Ma se la dottrina e la giurisprudenza non si sono mai poste, a mia scienza, la questione di massima (21), il problema è stato tuttavia risoluto, in svariate sue applicazioni specifiche, nel senso di dare alla frase « pronunciate in grado di appello » il significato più largo. Basti infatti ricordare i seguenti casi.

---

(21) Cfr. però ROMANO, *I giudizi sui conflitti*, cit., n. 67, pag. 1245, il quale risolve il problema in senso contrario a quello seguito da me, ma riferendosi a quei casi in cui la giurisdizione ordinaria giudica in sede di impugnativa contro decisioni di giurisdizioni speciali *amministrative*.

1°) Le sentenze dei Pretori pronunciate sulla impugnativa per incompetenza dalle sentenze di Conciliatori non sono, nonostante la inesatta espressione della legge, sentenze d'appello nel senso proprio della parola: eppure nessuno ha mai dubitato che contro tali sentenze si possa ricorrere per violazione di legge e per gli altri motivi dell'articolo 517 alla Cassazione territoriale (cfr. per tutti MATTIROLO, *Trattato*, 5ª ed., vol. IV, n. 1019 e giurisprudenza in nota).

2°) Le sentenze pronunciate dai Pretori o dai Tribunali in sede di impugnativa per incompetenza o eccesso di potere contro le decisioni dei Probiviri non sono sentenze d'appello nel senso proprio della parola; eppure tali sentenze sono impugnabili alla Cassazione territoriale per tutti i motivi dell'art. 517 (cfr. art. 11 legge 15 giugno 1893) (22).

3°) Si deve notare, infine, che se la interpretazione restrittiva fosse corretta, vi sarebbero moltissimi casi in cui le stesse sentenze di secondo grado rese dalle Corti d'appello in controversie giudicate in prima istanza dai Tribunali non potrebbero essere impugnate in cassazione. È risaputo, infatti, che mediante l'appello si fanno valere non soltanto motivi di ingiustizia attinenti al merito, ma anche motivi di nullità attinenti al processo: sicché tutte le volte in cui si appella soltanto per un motivo appartenente a questa seconda categoria, il reclamo, quantunque si continui a chiamare appello, ha in sostanza la natura di una querela di nullità. Fin dal diritto comune era nota ai pratici un'azione di nullità fatta valere *per viam appellationis* (SCACCIA, *Tractatus de appellationibus* Quest. XIX rem. I, concl. 3 n. 2; « *De nullitate potest agi quinque modis. Primo, per viam appellationis, quando scilicet appellatur a sententia, quia est nulla...* »); e un esempio tipico di questa querela di nullità fatta valere in forma di appello si ha nell'art. 493 Cod. proc. civ., secondo il quale « quando in prima istanza siasi pronunziato soltanto sulla competenza, anche in appello si pronunzia solo su questa » (23). In questo caso il giudice di secondo grado non giudica sul merito, ma giudica soltanto su una impugnativa ristretta al solo motivo della incompetenza: eppure nessuno oserebbe sostenere che questa sentenza di secondo grado non sia denunciabile in cassazione per violazione di legge.

Sembrami dunque che, se il ricorso alla Cassazione territoriale in base all'art. 517 è ammesso senza contrasti contro sentenze di giudici superiori ordinarî che decidono su una impugnativa che non è un appello, ugual trattamento si debba fare alla sentenza del Tribunale

---

(22) Cfr. LESSONA, *Codice dei probiviri*, pag. 120; REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma 1906, pag. 62 § 17.

(23) Cfr. la mia *Cassazione civile*, Vol. II, n. 90 *a* e n. 94, I. 1.

nel nostro caso. Unico argomento in contrario potrebbe parere questo: che, mentre nei casi precedentemente citati lo stesso legislatore chiama « *appello* » ciò che in sostanza appello non è, l'art. 18 del Decreto 6 maggio 1917 chiama la impugnativa col nome meglio appropriato di « *ricorso* », sicché verrebbe qui a mancare qualsiasi appiglio per considerare la sentenza che decide su questo ricorso come una sentenza resa « in grado di appello ».

Ma questo sarebbe un argomento meramente fittizio (24): è vero o non è vero che l'« appello » contro le sentenze dei probiviri, e il « ricorso » contro le sentenze delle Commissioni arbitrali sono in sostanza la stessa cosa? Se è vera questa identità della sostanza, la diversità delle parole non conta: poiché la dottrina ha in ogni caso il diritto e il dovere di mettere a nudo, sotto la inesatta terminologia delle leggi, la vera natura degli istituti.

7. — Posta dunque la regola che per l'art. 517 Cod. proc. civ. sono impugnabili dinanzi alla Cassazione territoriale tutte le sentenze di giudici ordinarî pronunciate in sede di impugnativa contro la sentenza di un giudice inferiore (ordinario o speciale), non mi par discutibile che la sentenza del Tribunale nel nostro caso sia denunciabile per semplice violazione di legge alla Cassazione territoriale: e se tale principio non è stato mai esplicitamente formulato, tuttavia si hanno numerosi casi in cui le Cassazioni territoriali hanno dimostrato di volerlo seguire in pratica, giudicando senza dubitare della propria competenza ricorsi di questa natura (25).

Né si obbietti, contro l'ammissibilità di questo ricorso per violazione di legge, che esso viene a tradire lo scopo del legislatore, che è stato quello di stabilire per le controversie in materia agraria una procedura semplice e sbrigativa, riducendo al minimo le impugnative. In realtà al legislatore non si può far dire più di quello che ha detto. Quando il legislatore ha voluto la esclusione di ogni mezzo di impugnativa contro la sentenza del Tribunale che decide sul ricorso, l'ha detto chiaramente, come ha fatto in materia agraria coll'art. 6 della l. 7 aprile 1921 n. 407 (recentemente esteso, come si è detto, a tutte le controversie agrarie dal decr. legge 19 novembre 1921 n. 1689, che

---

(24) Ed è, in verità, l'unico argomento portato dalle Sez. Unite nella sentenza 26 luglio 1919, la quale tra il reclamo contro le decisioni della giuria probivirale e il reclamo contro le decisioni delle Comm. arbitrali trova questa unica differenza: che il primo si chiama appello, e il secondo si chiama ricorso. Su questo punto, nel senso da me sostenuto, cfr. Cass. Torino, 28 maggio 1918, in *Foro it.*, 1919, I, 1115.

(25) Cfr. Cass. Torino 16 dic. 1918 in *Giur. tor.*, 1919, 197; e 4 aprile 1919 in *Giur. tor.*, 1919, 686.

unifica le varie Commissioni arbitrali in questa materia), secondo il quale il ricorso contro le sentenze delle Commissioni arbitrali mandamentali è giudicato dal Tribunale « con sentenza che non è soggetta ad alcun mezzo di gravame »; talché, per tutte le controversie che cadono sotto l'applicazione di questa legge (e del successivo decreto legge 19 novembre 1921) la sentenza del Tribunale non è impugnabile né dinanzi alle Sezioni Unite, perché, come già si è detto, queste sono competenti soltanto sulle impugnative contro decisioni di giurisdizioni speciali, né dinanzi alla Cassazione territoriale, perché ogni impugnativa, e quindi anche questo ricorso alla Cassazione territoriale, è escluso dalla espressa volontà del legislatore.

Ma là dove, come nel decr. 6 maggio 1917, questa esclusione di ogni mezzo di gravame contro la sentenza del Tribunale non trovasi consacrata in apposita disposizione, niente autorizza a trarre da quella disposizione dell'art. 18 del decr. 6 maggio 1917 che limita al ricorso per eccesso di potere le impugnative contro le decisioni delle Commissioni arbitrali, validi argomenti per ritenere che uguale limitazione il legislatore abbia voluto stabilire anche per la sentenza del Tribunale che giudica su tale ricorso. In verità i motivi per i quali il legislatore limita le impugnative contro le sentenze delle Commissioni arbitrali, non hanno alcun valore di fronte alle pronuncie del Tribunale. Perché mai, infatti, contro le decisioni delle Commissioni arbitrali mandamentali non è ammessa alcuna impugnativa per violazione di legge *in iudicando* o per irregolarità formali *in procedendo*? La risposta è semplice: per ciò che si riferisce alle violazioni di legge *in iudicando*, queste Commissioni arbitrali in armonia col loro ufficio di pacificazione sociale, non sono tenute a giudicare secondo il diritto scritto, ma hanno facoltà di formulare di volta in volta i principî di un nuovo diritto ancora in formazione (l'art. 7 della legge 7 aprile 1921 che ora il r. decr. legge 19 novembre 1921 ha esteso a tutte le Commissioni arbitrali, dice che esse « decideranno applicando criterî di equità e con poteri di arbitri amichevoli compositori »), cosicché esse non possono mai incorrere in una violazione della legge scritta, per la semplice ragione che esse, essendo autorizzate a giudicare secondo criterî equitativi, non sono rigorosamente tenute ad applicarla; e analogamente non possono mai incorrere in nullità processuali formali (salvo il caso in cui la irregolarità processuale raggiunga gli estremi di un eccesso di potere) perché, come espressamente dispone lo stesso art. 7 sopra citato, « questi giudizî non sono vincolati a formalità di procedura ». Dunque sarebbe un controsenso ammettere contro le decisioni di questi organi una impugnativa per vizî dei quali la stessa legge esclude la pratica possibilità. Ma per il Tribunale queste ragioni, desunte dalla speciale latitudine di poteri delle Commissioni arbitrali, non sussistono

minimamente: il Tribunale, anche quando giudica in sede di ricorso per eccesso di potere, è tenuto a giudicare *secundum legem* e ad osservare le regole della procedura. Esso può incorrere in violazioni di legge o in nullità processuali: e non c'è motivo plausibile per escludere contro questi difetti il naturale rimedio del ricorso alla Cassazione territoriale.

Si pensi poi che mentre il ricorso alle Sezioni Unite per eccesso di potere contro la decisione di un giudice ordinario (Tribunale) è un non senso, perché il ricorso alle Sezioni Unite è istituito, come più volte si è detto, per difendere le attribuzioni dell'autorità ordinaria dalle invasioni delle giurisdizioni speciali, non è un non senso il ricorso alla Cassazione territoriale per violazione di legge, che mira a mantenere la esatta osservanza della legge nell'ambito della rispettiva circoscrizione. Ora, ove una espressa disposizione non sospenda esplicitamente la funzione di unificazione giurisprudenziale che le Cass. territoriali esercitano per mezzo del ricorso ex art. 517, è regola generale che tutte le sentenze rese in secondo grado (cioè in sede di impugnativa) dai giudici ordinarî sono impugnabili per violazione di legge; né si potrebbe nel caso nostro ammettere che, senza esplicito divieto del legislatore, la stessa violazione di legge commessa dallo stesso Tribunale possa essere una volta denunciata in cassazione, quando il Tribunale sia giudice di secondo grado da una sentenza di Pretore, mentre debba un'altra volta restare senza rimedio, quando il Tribunale sia giudice di secondo grado da una pronuncia di una Commissione mandamentale arbitrale!

8. — *c*) E veniamo finalmente alla questione che è stata oggetto specifico della sentenza 13 luglio 1922 della Cassazione fiorentina: quella relativa alla misura del deposito che deve accompagnare il ricorso in cassazione contro la sentenza pronunciata dal Tribunale sul ricorso per eccesso di potere regolato dall'art. 18 del Decr. 6 maggio 1917. Se, come abbiamo sopra dimostrato, il Tribunale anche in questa sua speciale attribuzione resta tuttavia un organo di giurisdizione ordinaria, valgono anche per esso tutte le regole che il Cod. proc. civ. contiene sul comune ricorso in cassazione per violazione di legge; ed è quindi applicabile anche in questo caso la disposizione dell'art. 521, la quale dice che il deposito è di L. 75 « se la sentenza sia di Tribunale civile o di commercio ». L'applicabilità dell'art. 521 anche a questo caso non sarebbe mai stata messa in dubbio, se fin da principio le Sezioni unite avessero dichiarato inammissibile ogni ricorso per eccesso di potere presentato ad esse contro le sentenze pronunciate in tale speciale attribuzione dal Tribunale, negandogli la qualità di giurisdizione speciale. Dall'avere, secondo me erroneamente, equiparato

il Tribunale alle giurisdizioni speciali, le Sezioni unite sono state tratte ad applicare anche qui la massima, stabilita rettamente per casi in cui veramente si trattava di ricorsi contro decisioni di giurisdizioni speciali, che la misura *normale* del deposito è di L. 150 e che tale misura, nel silenzio della legge, deve essere osservata nei casi di ricorso per eccesso di potere basato sull'art. 3 n. 3 della l. 31 marzo 1877 (26). Si noti però che, mentre nella fattispecie decisa dalle Sezioni unite colla sentenza del 26 luglio 1919 lo stesso ricorrente aveva basato il suo ricorso sull'art. 3 n. 3 della legge 31 marzo 1877 e l'aveva introdotto dinanzi alle Sezioni unite, implicitamente riconoscendo con ciò che il Tribunale doveva in questo caso considerarsi come una giurisdizione speciale, nel caso deciso dalla Cassazione fiorentina il ricorso era stato invece correttamente proposto alla Cassazione territoriale per violazione di legge: talché la Corte investita dal ricorso, messa così sulla buona via, avrebbe potuto attenersi alla massima che il Tribunale è sempre organo di giurisdizione ordinaria, e riconoscer così che nella fattispecie il deposito di L. 75 era regolare.

Senonché (ed è questo a mio avviso il punto più singolare e più inesplicabile della decisione della Cassazione di Roma 26 luglio 1919 e quindi della Cassazione fiorentina che qui annotiamo), anche partendo dalla premessa, a mio avviso erronea, che il Tribunale fosse qui da considerarsi come un organo di giurisdizione speciale, non per questo si poteva logicamente giungere a ritener la insufficienza del deposito di L. 75; quando invece da tale premessa si sarebbe dovuto dedurre, caso mai, la superfluità di qualsiasi deposito nella fattispecie concreta.

Tutti sanno che le Commissioni mandamentali agrarie, tanto per i loro scopi quanto per la loro costituzione, sono fatte a imagine e somiglianza dei Probiviri, come esplicitamente appare anche dall'art. 20 del decr. 6 maggio 1917, il quale stabilisce che « al procedimento avanti le Commissioni arbitrali mandamentali si applicano le disposizioni della legge 15 giugno 1893 n. 295 e del regolamento 26 aprile 1894 n. 179, sui collegi dei probiviri. Così pure, per tutto ciò che non è preveduto nel presente decreto devono essere osservate, in quanto siano applicabili, le norme stabilite per questi collegi »: « *in quanto siano applicabili* », in quanto cioè, non si trovino in contrasto con espresse disposizioni del decr. 6 maggio 1917, o con le sue finalità (il che non può mai accadere, perché queste, come si è detto, sono analoghe a quelle dei Probiviri industriali).

---

(26) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1043 nota 2; su questa massima, v. per ultimo la decisione delle Sez. Unite 10 aprile 1918 in *Foro it.*, 1919, I, 437 con richiami.

Orbene, l'art. 11 della legge sui Probiviri dispone che il ricorso in cassazione (avverso la sentenza del Tribunale o del Pretore che abbia pronunciato sulla impugnativa per incompetenza o eccesso di potere contro la decisione della giuria) « *è esente dal deposito* ». Il semplice buon senso suggerirebbe, in base a questa disposizione, un'argomentazione molto semplice: poiché nel decr. 6 maggio 1917 non c'è nessuna disposizione concernente il ricorso in cassazione e poiché l'art. 11 della l. sui Probiviri dispone che il ricorso in cassazione sia esente da deposito, la stessa norma deve essere applicata anche al ricorso in cassazione dalle sentenze dei Tribunali pronunciate in sede di impugnativa contro decisioni di Commissioni arbitrali mandamentali, per le quali sussistono gli stessi scopi di economia e di semplificazione processuale che hanno indotto il legislatore a istituire i Probiviri industriali (27).

Per sottrarsi alla forza di questa argomentazione, quale ragionamento ha fatto la Cassazione fiorentina? Essa si è limitata a dire che « non può ammettersi che in base a quel solo generico richiamo possa ritenersi estesa tale esenzione anche a qualsiasi ricorso che si ravvisi possibile contro una pronuncia del tutto speciale come quella del Tribunale sulle decisioni delle Commissioni arbitrali ». Non può ammettersi? E perché non può ammettersi? Forse che quando una legge rinvia genericamente a tutte le disposizioni di un'altra legge « in quanto siano applicabili », deve ripetere il testo, o per lo meno indicare il numero dell'articolo, di tutte le disposizioni che richiama? (28). Forse che, d'altro canto, se si ritiene come « una pronuncia del tutto speciale » quella del Tribunale che giudica in sede di impugnativa sulle decisioni delle Commissioni mandamentali, non è ugualmente, *e nello stesso senso*, una pronuncia « del tutto speciale » quella del Tribunale che giudica in sede di impugnativa sulle decisioni dei Probiviri?

La verità è questa: che in questo caso le Sezioni unite (e di contraccolpo la Cassazione fiorentina) si son nettamente rifiutate di ap-

---

(27) In questo senso Cass. Torino 27 maggio 1918 in *Foro it.*, 1918, I, 1115.

(28) Si noti che mentre qui la Cassazione di Firenze, sull'esempio di quella di Roma, ha ritenuto che il richiamo contenuto nell'art. 20 del decr. 6 maggio 1917 fosse « troppo generico » per dar luogo alla applicazione dell'art. 11 della legge sui Probiviri, la giurisprudenza delle Corti Supreme è poi concorde nel ritenere che al ricorso regolato dall'art. 18 di tale decreto si applicano le forme e i termini dell'art. 459 Cod. proc. civ., relativo ai Conciliatori; e ciò attraverso un *doppio* rinvio, cioè valendosi prima del suddetto art. 20, il quale richiama il regolamento sui Probiviri del 26 aprile 1894 e poi valendosi (altro che richiamo... generico!) dell'art. 55 di questo regolamento, secondo il quale il procedimento probivirale « prende norma, in quanto siano applicabili, dalle disposizioni in vigore pel procedimento innanzi ai Conciliatori »!

plicare l'art. 20 del decr. 6 maggio 1917 che rinvia alla legge sui Probiviri, allo scopo evidente di ostacolare, coll'esigere un più alto deposito, le troppo facili impugnative (29). Ottima idea, quella di limitare sempre più i mezzi di impugnativa collo stabilire severe misure contro i ricorrenti temerarî: idea che dovrebbe, a mio modesto avviso, essere uno dei capisaldi della futura riforma del nostro processo civile; ma a questa limitazione deve provvedere il legislatore, non il giudice, il quale, mentre qui si trova di fronte a un preciso dilemma (o l'art. 521 Cod. proc. civ., se il Tribunale è un giudice ordinario; o l'art. 11 della legge sui Probiviri, se il Tribunale è una giurisdizione speciale) ha preferito una terza strada che non si trova scritta in nessun articolo: quella di modificare la legge.

9. — Un ultimo quesito, il quale si riferisce soltanto alla sentenza 13 luglio 1922 della Cassazione di Firenze. Domandandoci, cioè, se l'art. 6 del r. decr. 23 dicembre 1875 (secondo il quale le Cassazioni territoriali, sorgendo controversia se si tratti di causa di competenza della Cassazione di Roma, non possono decidere sulla propria competenza, ma devono senz'altro trasmettere gli atti a questa, che a Sezioni unite risolve la questione) sia stato correttamente osservato dalla Cassazione di Firenze, quand'essa, nella sentenza che annotiamo, ha definitivamente deciso sulla regolarità del deposito nel caso concreto.

È noto che la regolarità del deposito è una delle condizioni di ammissibilità del ricorso; mancando una di queste condizioni, la Corte non può procedere a esaminare se il ricorso sia fondato in merito. La regolarità del deposito rientra dunque nella categoria dei presupposti processuali del procedimento di cassazione, alla quale appartiene anche il requisito della competenza della Corte adita.

Ora, nel caso nostro, il requisito processuale della competenza della Corte adita pienamente sussisteva, ove la sentenza del Tribunale, denunciata per violazione di legge, fosse stata considerata come pronunciata da un giudice ordinario di secondo grado; ed è ovvio che se la Corte fiorentina avesse ritenuto che la sentenza denunciata era di un giudice *ordinario*, avrebbe ritenuto come regolare e sufficiente il deposito di Lire 75. Ma quando invece la Cassazione fiorentina ha ritenuto che il deposito fosse insufficiente, a questa sua opinione essa non è potuta giungere se non partendo dalla premessa che la sentenza ad essa denunciata fosse una sentenza di una giurisdizione speciale: ossia una di quelle sentenze che non possono esser denunciate alle Cassazioni territoriali per i motivi dell'art. 517, ma solo alle Sezioni

(29) La decisione 26 luglio 1919, più volte citata, afferma esplicitamente « la necessità di frenare simili ricorsi alle Sez. unite... » ecc.

Unite per l'art. 3 n. 3 della legge 1877; la Corte fiorentina, in altre parole, è venuta colla sentenza che annotiamo a dichiarare implicitamente la propria incompetenza a conoscere sul ricorso ad essa presentato, perché la irregolarità del deposito da essa pronunciata non è che una conseguenza della natura speciale della sentenza impugnata.

Orbene: ammettendo per un momento, contrariamente al nostro avviso, che il Tribunale fosse in questo caso da considerarsi una giurisdizione speciale, è evidente che il ricorso presentato alla Cassazione fiorentina doveva considerarsi viziato da due ragioni di inammissibilità: 1°) dalla incompetenza della Cassazione adita; 2°) dalla insufficienza del deposito (ove si volesse escludere l'applicabilità in questo caso dell'art. 11 della legge sui Probiviri). Quale di questi due vizî doveva essere preliminarmente esaminato dalla Corte?

La questione non è senza precedenti. Dottrina (CHIOVENDA, *Principii*, pag. 866) e giurisprudenza (Sez. un. 14 marzo 1906, in *Giur. amm.*, 1906, III, 47) insegnano che quando dinanzi a quei giudici che mancano della competenza sulla propria competenza (come sarebbero, di fronte alla Cass. di Roma, le Cass. territoriali) sorgono contemporaneamente, insieme colla questione di competenza, questioni sulla nullità o irricevibilità della domanda, il giudice non può pronunciare preliminarmente sulla validità della domanda, ma deve rinviare al giudice cui spetta decidere la questione di competenza (in questo caso le Sezioni unite) *anche la cognizione delle questioni concernenti gli altri presupposti processuali.*

Ma nel caso nostro c'era qualcosa di più: il vizio di insufficienza del deposito, in conseguenza del quale la Cassazione territoriale ha dichiarato inammissibile il ricorso, non era un vizio separato e indipendente, che potesse essere accertato in sé e per sé, restando impregiudicata la questione di competenza; era invece un vizio la cui esistenza poteva essere accertata solamente dando come risoluta la questione di competenza: un vizio che esisteva o non esisteva secondoché la questione di competenza si fosse risolta in un modo o in un altro. Da ciò mi pare che a maggior diritto si dovesse ritenere che la Cassazione fiorentina, come non aveva potere di dichiararsi incompetente e di dichiarar competenti le Sezioni Unite, ossia di decidere se la natura della sentenza denunciata era tale da escludere la competenza della Corte territoriale e da giustificare quella delle Sezioni Unite, così non era competente a dichiarare se il deposito fosse regolare o no: sorta la questione della sufficienza del deposito, e con essa la questione della natura della sentenza impugnata e quindi, in sostanza, la questione di competenza tra la Cassazione territoriale e le Sezioni unite, la Cassazione fiorentina avrebbe dovuto puramente e semplicemente rinviar gli atti alle Sezioni unite, alle quali sole spettava

decidere se il ricorso era da considerarsi come un ricorso contro un giudice ordinario da introdursi alla Cassazione territoriale col deposito di L. 75, o come un ricorso contro un giudice speciale da introdursi alle Sezioni unite col deposito di L. 150 (o con la esenzione dal deposito, come crederei preferibile).

10. — Possiamo dunque, per riassumere le conclusioni alle quali siamo giunti nelle varie questioni discusse nelle presenti note, formulare le seguenti massime:

a) *La sentenza del Tribunale che, in conformità dell'art. 18 del r. decr. 6 maggio 1917, decide sul ricorso per eccesso di potere contro una decisione di una Commissione arbitrale mandamentale in materia agraria, non è mai alla sua volta impugnabile per incompetenza o eccesso di potere alle Sezioni unite, perché il Tribunale non è mai una giurisdizione speciale nel senso voluto dall'art. 3 n. 3 della l. 31 marzo 1877;*

b) *Tale sentenza è invece denunciabile, per violazione di legge e per gli altri motivi contemplati dall'art. 517 Cod. proc. civ., alla Cassazione territoriale, in quanto però non sia espressamente escluso ogni mezzo di gravame contro di essa dalle leggi che hanno istituito e modificato le Commissioni arbitrali mandamentali* (l. 7 aprile 1921, art. 7);

c) *In quanto tale ricorso alla Cassazione territoriale sia ammissibile, vale per esso la regola, stabilita dall'art. 521 Cod. proc. civ., che il deposito dev'essere di L. 75.*

Queste sono le massime che io, per gli argomenti sopra esposti, ritengo esatte. Ma i pratici che abbiano da proporre un ricorso in cassazione in questa materia, faranno bene a ricordarsi che la Cassazione di Roma, e dietro ad essa quelle territoriali, seguono massime perfettamente contrarie; e a regolarsi di conseguenza!

VII

LA UNIFICAZIONE DELLA CASSAZIONE CIVILE E GLI INTERESSI REGIONALI (*)

Se la unificazione della Cassazione civile, e la conseguente abolizione delle Corti regionali, deliberata in questi giorni dal Consiglio dei ministri, non può non inspirare nelle Curie colpite quella malinconia che sempre si prova nel veder troncate d'un tratto tradizioni venerande e minacciati di rapido decadimento gloriosi focolari di pensiero giuridico, tuttavia non deve il temporaneo disagio che sempre porta con sé ogni riforma coraggiosa far velo sugli occhi di quanti consideravano finora la perdurante pluralità delle Corti di cassazione come uno dei più tipici e sconfortanti prodotti della degenerazione parlamentare, sempre disposta a preferire alle soluzioni nette richieste dal supremo interesse del Paese, i timidi ripieghi temporanei che non disturbano gli interessi particolari. Noi italiani, assuefatti a vedere coesistere queste cinque Corti supreme in un unico Stato, avevamo oramai perduta la capacità di sentire e di criticare tutta la assurdità di questo ridicolo portato della nostra pigrizia politica e della nostra tendenza a perpetuare le soluzioni provvisorie; ma bastava parlare dell'argomento con qualche giurista straniero, e vedere qual meraviglia e quale senso di schietto divertimento produceva in lui la conoscenza di questa nostra Cassazione plurima, per convincerci che, ove mai si potesse istituire una specie di Museo delle mostruosità legislative, una sala apposita dovrebbe essere riservata a questo fenomeno tutto italiano delle cinque Cassazioni, paragonabile all'uomo con cinque teste che fa la delizia dei ragazzi nei baracconi da fiera.

La unificazione della Cassazione, che il ministro Oviglio ha avuto il coraggio di attuare, ma che rappresentava da oltre cinquant'anni un postulato di tutti i guardasigilli più insigni che l'Italia abbia avuto fin dalla sua unificazione, dal De Falco al Vigliani, dallo Zanardelli

---

(*) [Pubblicato in « Dritto italico. Politico giudiziario settimanale » (Roma), a. II, 11 aprile 1923]. [*Bibliografia*, n. 82].

al Mortara, era una questione, diciamo così, di sincerità legislativa: noi avevamo finora, nel nostro diritto giudiziario, un istituto, la Cassazione, che le leggi affermavano destinato non già a difendere l'interesse dei litiganti (per il quale si riteneva bastante garanzia il doppio grado di giurisdizione) ma a « mantenere l'esatta osservanza della legge », cioè a mantenere l'unità giuridica dello Stato attraverso l'uniformità della giurisprudenza. È chiaro che un simile scopo, di natura essenzialmente pubblica, non poteva essere raggiunto che attraverso un organo unico; e tuttavia, finora, l'ordinamento della Cassazione era praticamente congegnato in modo da raggiungere di fatto lo scopo perfettamente contrario a quello che essa di nome si proponeva: cosicché il continuare, come abbiamo fatto in Italia per cinquant'anni, a mantenere cinque organi per raggiungere quel fine di unificazione, che, per intuitiva necessità logica, si può raggiungere solo attraverso un organo unico, equivaleva al sistema di chi, per dar prova di fervente fede monarchica avesse voluto nello stesso Stato inchinarsi a cinque re, o per mostrare il suo ossequio alla santità del matrimonio monogamico, avesse voluto celebrare cinque matrimoni e mantenere cinque mogli!

Sia data adunque incondizionata lode al ministro Oviglio per avere liberato la legislazione italiana da un controsenso e da una vivente menzogna: assai più sincero del mantener le cinque Corti di cassazione sarebbe stato il richiamar in vita il vecchio sistema della terza istanza; ma, una volta scelto il sistema della Cassazione, questa non poteva essere che unica. Né si dica, come i fautori del mantenimento dello *statu quo* hanno gridato fino a pochi giorni fa, che la unificazione della giurisprudenza è irraggiungibile, come sarebbe dimostrato dalle continue divergenze tra le due sezioni della Cassazione penale, e che d'altra parte, anche se tale unificazione potesse esser raggiunta, essa sarebbe un danno perché condannerebbe il diritto alla stasi: a quest'ultima obiezione si risponde che la Cassazione unica mira a unificare la giurisprudenza *nello spazio*, ma non impedisce che *nel tempo* essa si evolva seguendo o a dir meglio precorrendo la naturale evoluzione del diritto; e in quanto alla affermata impossibilità di raggiungerla, è facile rispondere che gli inconvenienti finora verificatisi nel funzionamento delle sezioni penali possono tutt'al più indicare, anziché un vizio di origine dell'istituto, qualche manchevolezza nelle disposizioni con cui esso è praticamente attuato.

Giova infatti ricordare oggi, mentre si stanno maturando le modalità pratiche della deliberata unificazione, che il coraggioso provvedimento col quale il Consiglio dei Ministri ha condannato a morte le Corti regionali è, sì, il primo passo verso la unificazione della Cassazione civile, ma non è ancora il passo definitivo il quale consisterà

soprattutto in quei provvedimenti ulteriori dai quali dipenderà in gran parte il buon esito della riforma. L'abolizione delle Corti regionali produrrà infatti l'accumularsi in un unico organo giudiziario delle molte migliaia di ricorsi che attualmente cinque organi sono appena sufficienti a sbrigare; onde, per poter assicurare il pratico funzionamento della Cassazione unica, si dovrà ristabilire la proporzione fra il numero delle cause da decidere e la potenzialità dell'organo giudicante, mediante misure che tendano da una parte ad aumentare questa potenzialità (moltiplicazione delle sezioni, aumento del numero dei componenti ciascuna sezione) e dall'altra a diminuire il numero delle cause da decidere (limitazione del ricorso in cassazione alle sole cause di maggior valore; aumento del deposito; esclusione del ricorso contro la doppia conforme; riduzione dei motivi di cassazione; introduzione di un esame preliminare, come si pratica in Francia dinanzi alla *Chambre des requêtes*; abolizione e limitazione della discussione orale). Tra questi due ordini di misure dovrà scegliere il ministro Oviglio: e crediamo che egli, più che ad aumentare il numero delle sezioni, provvedimento pericoloso che moltiplicherebbe le probabilità di dispareri tra esse (il che, del resto non sarebbe senza rimedio, quando si stabilissero opportuni congegni per far sì che, in caso di dissenso tra le sezioni, fosse obbligatorio provocare automaticamente la decisione plenaria), cercherà di diminuire il lavoro della Cassazione unica, sia coll'aumentare, corrispondentemente al mutato valore della moneta, il deposito di multa, sia affidando ai giudici di appello o alla Cassazione in camera di consiglio l'esame preliminare sull'ammissibilità del ricorso, come si pratica già in materia penale (artt. 514 e 520 Cod. proc. pen.), sia soprattutto diminuendo il numero dei motivi di ricorso, coll'escludere tutti quelli che servono in realtà per provocare larvatamente un riesame del fatto e col trasformare in motivi di revocazione le semplici nullità processuali.

Ma anche se si troverà, come certo si troverà, la via per far sì che la Cassazione unica possa funzionare senza dar luogo a lagnanze e senza che si verifichi la profezia fatta dall'Orlando, che « invece di aversi cinque sezioni di cassazione risiedenti in cinque diverse città, si avranno cinque sezioni risiedenti a Roma », una esigenza dovrà ancora essere soddisfatta, della quale specialmente debbono curarsi gli avvocati delle Curie regionali, che vedono sparire oggi dalle loro città gloriose Corti illustrate da secolare sapienza giuridica: la esigenza, cioè, che l'abolizione delle Cassazioni regionali non renda troppo gravoso ai litiganti delle regioni lontane dalla Capitale il ricorso alla Suprema Corte e, soprattutto, che l'accentramento di tutti i ricorsi a Roma non venga di fatto a escludere dal patrocinio in Cassazione i migliori avvocati delle sedi regionali, creando a favore

degli avvocati romani un odioso monopolio, tanto più ingiusto in quanto non basato su ragioni di maggior capacità, ma solo su ragioni di maggior vicinanza alla sede della Cassazione. Una buona disciplina del patrocinio dinanzi alla Suprema Corte sarà una delle condizioni della riuscita della riforma: poiché, se questo punto non venisse regolato convenientemente, non solo si troverebbe leso l'interesse dei litiganti e quello dei professionisti appartenenti alle Curie regionali (e sarebbe lecito dire che, se le opposizioni contro l'unificazione della Cassazione erano più che altro alimentate dagli interessi professionali delle Curie regionali, l'unificazione rappresenterebbe il trionfo degli interessi dei professionisti romani!), ma anche rischierebbero di rimanere inaridite in pochi anni, nelle città che furono sinora sede di Cassazione, le più feconde sorgenti della cultura giuridica, ed anche la Corte suprema, dalla quale i migliori avvocati delle varie regioni italiane resterebbero tagliati fuori, vedrebbe diminuita, insieme col livello intellettuale degli avvocati ammessi a patrocinarvi, la sua stessa autorità.

Per evitare tale pericolo, occorre formare innanzitutto, com'è in Francia per la *Cour de Cassation* e in Germania per il Tribunale dell'Impero, un albo unico degli avvocati ammessi a patrocinare in Cassazione, con requisiti più rigorosi di quelli che si richiedevano finora per patrocinare dinanzi alle Cassazioni regionali. Questa idea dell'albo unico per la Cassazione si trova già nei progetti di riforma della legge professionale che si trascinano da anni dinanzi il Parlamento; ma l'attuazione di questa idea diventa oggi di capitale importanza, sia perché dinanzi alla Cassazione debbono essere ammessi solo pochi avvocati provati per esperienza e per dottrina (io che sono deciso avversario dell'albo chiuso per gli avvocati in generale, mi domando se non sarebbe conveniente istituirlo per la Cassazione), sia anche perché la istituzione di questo albo unico per la Cassazione darebbe modo di garantire in esso a tutte le Curie italiane un'equa rappresentanza.

Ma, soprattutto, si deve chiedere che siano semplificate le formalità del procedimento in ciò che attiene alla introduzione del ricorso. Se, dopo attuata l'unificazione della Cassazione civile, fosse mantenuto per la introduzione dei ricorsi il procedimento che vige attualmente, per il quale il ricorso deve esser presentato alla Cancelleria della Corte ed è necessaria in esso l'elezione di domicilio nel comune in cui la Corte ha sede (artt. 524 e 526 Cod. proc. civ.), diventerebbe d'ora innanzi necessario a ciascun ricorrente, anche a quello che avesse intenzione di rivolgersi per la redazione del ricorso a un avvocato di fiducia domiciliato a Firenze o a Torino, scegliere contemporaneamente tra gli avvocati di Roma un domiciliatario, che si incaricasse

di presentare il ricorso e di sorvegliare la relativa pratica: e allora accadrebbe che le parti (quando, di fronte al pericolo di raddoppiar le spese per l'intervento di due avvocati, non si rassegnassero addirittura a rinunciare al ricorso anche se questo fosse fondato) preferirebbero rivolgersi direttamente a uno qualunque degli avvocati di Roma, abbandonando così per il patrocinatore più vicino alla Corte il patrocinatore più esperto e più meritevole. Per evitare questo inconveniente, sarebbe misura provvida ed efficace quella che permettesse al ricorrente di presentare il ricorso, invece che alla Cancelleria della Cassazione, alla Cancelleria dell'organo giudiziario che ha pronunciato la sentenza contro cui si vuol ricorrere: la trasmissione a Roma del ricorso e degli atti annessi dovrebbe avvenire di ufficio, e di ufficio ugualmente dovrebbero esser inviati dalla Cancelleria della Cassazione all'avvocato del ricorrente tutti gli avvisi concernenti il procedimento, sicché fosse eliminata con ciò la necessità di elegger domicilio presso un avvocato di Roma. Questo sistema, il quale corrisponderebbe ai canoni della proposta Chiovenda per la riforma del processo civile (introduzione della impugnativa dinanzi al giudice *a quo*: artt. 190-192) ed è già praticato con vantaggio in materia penale (Cod. proc. pen., art. 129, art. 510 e segg.) eliminerebbe in gran parte le lesioni di interessi regionali che l'unificazione della Cassazione, in un primo momento, potrebbe far pensare di apportare, col solo aggravio a carico delle parti delle maggiori spese di viaggio in quei casi in cui l'avvocato ritenesse necessario recarsi a Roma per la discussione orale.

Temperata da norme di attuazione in questo senso, credo che l'unificazione della Cassazione civile sarà in definitivo accolta come una saggia riforma anche da coloro che oggi se ne dolgono; poiché essa, se da una parte servirà a riaffermare attraverso l'uniformità della giurisprudenza l'unità del diritto, cioè l'unità di quello scheletro giuridico dello Stato che è tanto più necessaria quanto più si tenda ad attuare in materia amministrativa un largo decentramento regionale, permetterà d'altra parte che a contribuire alla elaborazione del pensiero giuridico nazionale siano chiamati i migliori intelletti, raccolti, senza odiose disparità e solo in base a criterii di merito, da tutte le Curie italiane.

VIII

UN SINGOLARISSIMO CASO DI CASSAZIONE SENZA RINVIO (*)

SOMMARIO: 1. Spese giudiziali. — 2. Domanda di distrazione in appello. — 3. Omesso provvedimento. — 4. Ricorso in cassazione. — 5. Ammissibilità. — 6. Distrazione ordinata dalla Suprema Corte (Cod. proc. civ., art. 373).

La decisione che annotiamo, quantunque pronunciata su questione di scarsa importanza intrinseca, merita tuttavia di essere attentamente considerata perché essa, se non ci inganniamo, costituisce dal punto di vista processuale una altrettanto netta quanto inusitata deviazione da uno dei canoni fondamentali su cui si basa nel nostro diritto l'istituto della Cassazione.

1. — Cominciamo dal riassumere gli estremi essenziali della fattispecie controversa, quale risulta dal testo della decisione surriportata.

In una causa di secondo grado l'appellante Libutti (che d'ora innanzi chiameremo A) dichiara di rinunciare all'appello, e incorre perciò nell'obbligo di pagare le spese del giudizio (art. 345 capov. cod. proc. civ.) all'appellata Caporalini (B); il difensore di questa, avv. Zevi (C), chiede, in conformità dell'art. 377 cod. proc. civ. e dell'art. 2 del regio decreto 27 ottobre 1918 n. 1774, che la condanna al pagamento di dette spese sia pronunciata a suo favore. Ma la sentenza di appello che dà atto della rinuncia, mentre dichiara il rinunciante A tenuto al pagamento delle spese processuali, non tien conto della domanda presentata dal difensore C e attribuisce il diritto di riscuoterle direttamente all'appellato B; onde contro di essa ricorre in proprio il difensore C, in contraddittorio con A, per farla annullare nel capo in cui, tacendo sulla

(*) [Pubblicato in *Il Foro italiano*, vol. XLVIII, 1923, P. I, cc. 315-321, in nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma, 30 dicembre 1922, Zevi e Caporalini c. Libutti, così massimata: « È ammissibile il ricorso in cassazione del patrocinante contro la sentenza d'appello per omissione della dichiarazione, da lui chiesta, di distrazione a suo favore delle spese e degli onorari del giudizio di merito, e la Corte Suprema, cassando senza rinvio la sentenza denunciata, può provvedere direttamente alla chiesta distrazione e ordinare al soccombente di pagare le dette spese ad esso patrocinante ricorrente »]. [*Bibliografia*, n. 83].

domanda da lui presentata, ha condannato il rinunciante A a pagare le spese a B anziché a lui C. La Cassazione accoglie il ricorso e conseguentemente annulla la sentenza denunciata « nel capo in cui ha aggiudicato le spese di lite al cliente anziché all'avvocato che ne aveva chiesto la distrazione »; ma mentre sarebbe naturale aspettarsi che per la ulteriore decisione del punto colpito da annullamento, la causa fosse rinviata a un nuovo giudice di merito, la Cassazione (e qui sta appunto tutta la singolarità di questa sentenza) *si sostituisce al giudice di merito nel decidere la questione controversa, e, dalla sua funzione istituzionale negativa di annullamento, arrogandosi una funzione positiva di riforma assolutamente estranea alla sua natura, pronuncia essa stessa, senza rinvio, la condanna del controricorrente* A *a pagare le spese del giudizio di appello a* C *anziché a* B!

2. — Prima di far la critica di questa singolare decisione, sembra opportuno chiarire, meglio di quanto appaia dalla sua motivazione, per qual vizio la sentenza d'appello è stata cassata (meglio si direbbe riformata) sul capo delle spese.

A una prima lettura della decisione che qui annotiamo parrebbe che il motivo di annullamento da essa accolto sia stato quello di « omessa pronuncia »: essa infatti censura la sentenza di appello per aver « omesso di provvedere sulla domanda dell'avv. Zevi ». Senonché questa prima impressione si dimostra subito erronea, quando si pensi che, se veramente la sentenza d'appello fosse incorsa nel caso presente in un difetto di « omessa pronuncia » sul capo delle spese, questo non sarebbe stato motivo sufficiente per denunciarla in cassazione (cfr. art. 517 n. 6) quando l'ultimo capoverso dell'art. 370 cod. proc. civ. stabilisce per il caso che nella sentenza di merito « siasi omesso di pronunziare sulle spese » tutt'altro rimedio. È noto che in dottrina e in giurisprudenza è controverso se, nella ipotesi che, nonostante la domanda del procuratore per ottenere la cosiddetta « distrazione » delle spese a suo favore, la condanna sia pronunciata a favore della parte vittoriosa, sia applicabile il procedimento stabilito dal capoverso dell'art. 370: ed è noto altresì che la risposta positiva o negativa a tale quesito vien fatta dipendere unicamente dal determinare se il vizio di cui in questo caso è affetta la sentenza si possa far rientrare o no sotto la nozione di omessa pronuncia. Chi vede in questo caso un esempio di omessa pronuncia, è per l'applicazione del procedimento stabilito dal capoverso dell'art. 370 (1); chi invece ritiene che non

(1) Lessona, in *Foro it.*, 1896, pag. 370, *Nota* alla sentenza Cass. Napoli 27 febbraio 1896; cfr. anche Sechi, *Spese giudiziali civili*, in *Dig. it.*, XXII, 1, n. 82 ed ivi citazioni.

possa parlarsi di omessa pronuncia « quando la condanna sia stata pronunciata a favore della parte, perché non può dirsi omessa la pronunzia quando si pronunzia in senso diverso dal chiesto » (2), esclude che in questo caso si possa ricorrere al procedimento stabilito dal capoverso dell'art. 370 e insegna che il procuratore non ha qui altra via che quella di impugnare la sentenza mediante appello o mediante ricorso in cassazione, secondo il grado in cui essa è emanata. Ritengo anch'io che questa seconda opinione sia preferibile: se la cosiddetta « distrazione » delle spese a favore del procuratore legale fosse veramente, com'è generalmente considerata dalla dottrina francese (3), un provvedimento diverso e separato dalla condanna nelle spese a favore della parte vincitrice, il giudice che omettesse di decidere sulla chiesta distrazione incorrerebbe certo nel vizio di « omessa pronuncia », poiché l'aver pronunciato in un primo tempo la condanna nelle spese a favore della parte non lo esonererebbe dall'esaminare in un momento successivo se non fosse opportuno concedere al procuratore il domandato provvedimento (non inconciliabile col primo, ma anzi ad esso conseguenziale) di distrazione delle spese a suo favore. Ma nel nostro diritto, dove tanto l'art. 373 cod. proc. civ., quanto l'art. 2 del decreto 27 ottobre 1918 parlano non già di distrazione a favore del professionista legale delle spese alle quali la parte soccombente sia già stata condannata a favore della parte vincitrice, ma di condanna *diretta* della parte soccombente a favore del procuratore o dell'avvocato della parte avversaria, la condanna nelle spese a favore della parte non è più conciliabile colla successiva distrazione di queste a favore del suo patrocinatore: il giudice, insomma, bisogna che scelga tra il condannare il soccombente a favore della parte vincitrice o il condannarlo a favore del patrocinatore di questa; e se, in tale alternativa, egli, nonostante la domanda avanzata dal patrocinatore, assegna le spese alla parte vincitrice, non si può dire che abbia omesso di pronunciare sulla domanda del patrocinatore, perché, avendo scelto uno dei due corni del dilemma, è venuto con ciò, sia pure implicitamente, a escludere l'altro.

Dunque non si può qui parlare di omessa pronuncia (se la Cassazione avesse ritenuto di trovarsi qui dinanzi a una omessa pronuncia, avrebbe dovuto dichiarare inammissibile il ricorso, rimandando il ricorrente a provvedersi in base al capoverso dell'art. 370!). Si tratte-

---

(2) Chiovenda, *La condanna nelle spese giudiziali* (Torino 1901) pag. 417. Anche il Mortara, *Comm.*, IV, pag. 155, osserva: « Il citato capoverso dell'art. 370 si riferisce precisamente al caso di « omessa pronunzia sulle spese »; qui abbiamo una pronunzia, quantunque non conforme alla domanda ».

(3) Cfr. per un riassunto della medesima la citata *Nota* del Lessona, e il Chiovenda, *op. cit.*, nn. 344 e segg.

rebbe allora di violazione di legge? Anche questa supposizione troverebbe conforto nella motivazione della sentenza annotata, nella quale è detto che il giudice di merito violò le disposizioni degli artt. 373 cod. proc. civ. e 2 del regio decreto 27 ottobre 1918. Ma è proprio esatto parlare in questo caso di violazione di quelle disposizioni? L'art. 373 dice semplicemente che « i procuratori *possono domandare* che la condanna al pagamento delle spese sia pronunziata a loro favore » e l'art. 2 del surricordato decreto ripete la stessa formula per estendere tale facoltà anche agli avvocati per i loro onorarî: dal testo di queste disposizioni, le quali si limitano a dire che i professionisti legali « possono domandare », non è certamente lecito dedurre che il giudice, per il solo fatto della domanda, *debba accordare* la richiesta condanna al pagamento delle spese a loro favore, e che semplicemente per non aver accolto tale domanda incorra senz'altro in violazione di legge, censurabile in cassazione. E anche se non si vuol riconoscere al giudice di merito un vero e proprio potere discrezionale, incensurabile in cassazione, nell'accordare ai professionisti legali la cosiddetta « distrazione » da essi domandata, certo è che il giudice di merito avrà se non altro il potere, e insieme il dovere, di verificare se la domanda del procuratore o dell'avvocato sia accompagnata, come esigono i surricordati articoli, dalla dichiarazione « di avere anticipato le spese e non ricevuto l'onorario », colla conseguenza che in mancanza di tale dichiarazione la domanda dovrà essere senz'altro respinta.

Se almeno questo caso vi è (e altri se ne potrebbero configurare) in cui il giudice di merito può ricusare la domandata condanna nelle spese a favore dei professionisti legali senza per ciò violare la legge, è chiaro che la mancata applicazione dei due suddetti articoli non poteva costituire, *di per sé stessa*, un motivo sufficiente di cassazione, quando il giudice di merito avesse nella sua sentenza adempiuto il suo obbligo di dire le ragioni per le quali aveva ritenuto inapplicabili nella fattispecie gli articoli stessi. Risulta invece dal testo della stessa decisione della Cassazione che il giudice di appello omise di provvedere sulla domanda presentata dal patrocinatore « senza accennarne la ragione »: il che ci autorizza a concludere che l'unico vizio per il quale la sentenza di appello meritava censura, era, tutt'al più, quello di « mancanza di motivazione ». Non di omessa pronuncia potevasi parlare, ché pronuncia sulle spese v'era stata, sia pur contraria alla domanda del patrocinatore; né di violazione di legge, ché gli artt. 373 cod. proc. civ. e 2 del regio decreto 27 ottobre 1918 non tolgono al giudice il potere di respingere una siffatta domanda purché se ne dicano i motivi: ma unicamente potevasi censurare il giudice perché, nell'alternativa di attribuire le spese alla parte vincitrice o al suo pa-

trocinatore, *non aveva detto i motivi* per i quali aveva preferito quella a questo.

3. — Dal testo della decisione che qui annotiamo non appar chiaro come la Cassazione abbia inteso di qualificare il vizio per cui ha annullato sul capo delle spese la sentenza denunciata; ma è certo che, quantunque esso non possa esser correttamente qualificato che come un difetto di motivazione, le diverse qualifiche di esso sulle quali pare che la Cassazione si sia soffermata, sono, se mai, quelle altre due che sopra abbiamo passato in rassegna per escluderle, cioè la omessa pronuncia e la violazione di legge. Orbene, se in una di queste tre qualifiche ha inteso la Suprema Corte di far rientrare il vizio per cui ha censurato la sentenza d'appello, possiamo ritenere di trovarci qui di fronte a uno di quei casi in cui la legge eccezionalmente ammette la cassazione *senza rinvio*?

È noto che per l'art. 544 cod. proc. civ. « il rinvio non è ordinato: 1°) quando si cassi la sentenza per il motivo che l'autorità giudiziaria non poteva pronunciare; 2°) negli altri casi determinati dalla legge »; ed è noto altresì che, mentre sotto il secondo numero di questa disposizione si fa concordemente rientrare il solo caso della cassazione nell'interesse della legge (4), la dottrina non è concorde nel determinare l'àmbito dei casi compresi sotto il primo numero, perché, mentre una interpretazione più rigorosa vi comprende solamente il caso di incompetenza dell'autorità giudiziaria di fronte all'autorità amministrativa e quello di annullamento di una sentenza d'appello pronunciata sopra un appello inammissibile (5), una interpretazione più larga ammette che la cassazione senza rinvio possa aver luogo in tutti i casi di eccesso di potere (*extra* ed *ultra petita*; pronuncia contro un precedente giudicato, ecc.) in cui sia possibile fare a meno di una ulteriore statuizione (6). Ma, comunque si risolva questo dissidio, è certo che a nessun autore è mai venuto in mente di annoverare tra i casi di cassazione senza rinvio gli annullamenti pronunciati dalla Suprema Corte per difetto di motivazione, per omessa pronuncia o per violazione di legge; in tutte queste ipotesi, infatti, l'annullamento totale o parziale della sentenza denunciata porta con sé la necessità di una *nuova statuizione di merito* sui capi cassati: e tutti sanno che a questa

---

(4) Cfr. MORTARA, *Comm.*, IV, n. 394, pag. 624; CHIOVENDA, *Principî*, pag. 1058.

(5) MORTARA, *Comm.*, IV, n. 394 cit.

(6) CHIOVENDA, *Principî*, pag. 1058 cit.; cfr. pagg. 1033-35. *Contra*: MORTARA, *Comm.*, IV, nn. 358 e 360. Cfr. anche la mia *Cassazione*, II, n. 102 *d*, *α*, pag. 274 e nota 2.

statuizione non potrebbe la Corte di cassazione provvedere essa stessa, senza eccedere i limiti istituzionali della sua funzione, alla quale è estranea sia la cognizione del fatto (cosid. « giurisdizione *di diritto* ») sia la pronuncia di una decisione positiva di merito in luogo di quella annullata (cosid. « giurisdizione *negativa* ») (7).

Come, in contraddizione con questi sicuri principî, la Cassazione di Roma, dopo aver parzialmente annullato per difetto di motivazione (o per omessa pronuncia o per violazione di legge, il che qui fa lo stesso) la sentenza denunciata, abbia potuto pronunciare essa stessa sul merito una decisione positiva e definitiva, esaminando se dalle circostanze di fatto risultavano quei motivi che il giudice d'appello aveva omesso di esporre, e applicando essa stessa la legge al caso concreto in un senso diametralmente opposto a quello seguito dalla sentenza d'appello, — tutto ciò costituisce, per chi scrive questa nota, un interrogativo senza risposta.

4. — Né si può dire, in verità, che a siffatto manifesto sconfinamento della Suprema Corte dalle sue normali funzioni diano soddisfacente giustificazione le ragioni accennate con molta sobrietà nella decisione annotata, la quale si limita ad osservare che « fra le parti non esiste più alcuna lite sulla quale possa esser provocato un nuovo giudizio in sede di merito, neppure riguardo alle spese » essendo già stata pronunciata la condanna a carico del soccombente A; e che il provvedimento chiesto dal patrocinatore C « concerne la tutela dei diritti del patrocinatore e non forma materia di uno speciale giudizio di rinvio tra le parti ». In verità queste ragioni si possono facilmente ridurre e tradurre in un evidente sofisma viziato da petizione di principio: da una parte, infatti, si afferma che qui non ha luogo giudizio di rinvio perché non esiste ulteriore controversia da risolvere: dall'altra si afferma che la questione che ancora resta da risolvere (aggiudicazione delle spese a B o a C?) deve essere risolta dalla stessa Cassazione perché qui... non ha luogo giudizio di rinvio!

Ma è poi assolutamente esatto l'affermare che, cassata la sentenza nel capo in cui ha aggiudicato le spese a B invece che a C, non esista più tra le parti alcuna lite sulla quale possa esser provocato un nuovo giudizio in sede di merito? Nel giudizio di appello due questioni si presentavano al giudice di merito:

a) la questione principale vertente tra A e B (esaurita in seguito alla rinuncia fatta da A);

---

(7) Su questi due caratteri della Cassazione nel nostro diritto, cfr. la mia *Cassazione*, II, nn. 120 e segg., 124 e segg.

b) la questione sulle spese processuali, la quale a sua volta, in seguito alla domanda di condanna a proprio favore presentata dal procuratore C, veniva a scindersi in due questioni distinte, e cioè;

b-1) se le spese processuali dovessero far carico ad A o a B;

b-2) se, ove dovessero far carico ad A, la condanna al pagamento di esse dovesse essere pronunciata a favore di B o a favore di C.

È evidente che, mentre nella questione principale soltanto A e B rivestivano la qualità di parti in causa e C stava in giudizio nell'unico interesse di B, come suo rappresentante e difensore, nella questione attinente alle spese processuali C, per il fatto di aver chiesto la cosiddetta « distrazione » delle spese a suo favore, aveva assunto la qualità di parte in causa, in quanto stava in giudizio non più per tutelare l'interesse del suo cliente, ma per tutelare l'interesse proprio, non solo contro l'avversario, ma anche, almeno virtualmente, contro il cliente medesimo. Che il patrocinatore, quando chiede la condanna delle spese a suo favore, assuma con ciò qualità di parte in causa, è ormai insegnamento prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza (8); né sarebbe infatti logico considerarlo ancora come mandatario, quando propone una domanda inspirata non già a tutelare l'interesse del mandante, ma anzi a tutelare il proprio interesse professionale contro la malafede del mandante. Se dunque nel caso presente C patrocinatore doveva considerarsi come parte nel giudizio di appello (sia pure limitatamente alla questione delle spese), non è in alcun modo esatto dire che, pronunciata la cassazione della sentenza relativa appunto alle spese, non vi fosse più materia per un giudizio di rinvio *tra le parti*: quando al contrario, ove la causa fosse stata rinviata a un nuovo giudice di merito per l'ulteriore pronuncia sulle spese, sarebbero stati legittimi contraddittori di C non solamente B, eventualmente interessato a sostenere che le spese dovevano essere aggiudicate a lui e non a C, ma anche A, interessato a intervenire in un giudizio in cui si trattava di decidere chi fosse il soggetto attivo (B o C?) di un rapporto giuridico di cui egli A era il soggetto passivo.

La Cassazione di Roma ha dunque inesattamente ritenuto che, solo perché la condanna di A a pagar le spese era già stata pronunciata nel giudizio di appello, A avesse perduto ogni interesse a contraddire nel giudizio di rinvio, mentre invece A poteva avere interesse

---

(8) Lessona, *Nota cit.* pagg. 381-382; Chiovenda, *La condanna nelle spese*, cit., pag. 360; Mortara, *Comm.*, IV, pag. 151; Cass. Torino 5 febbraio 1918 (*Giurispr.* di Torino, 1918, pag. 268, e *Foro it.*, Rep. 1918, voce *Spese giud.*, n. 10); applicazione di questo principio in Cass. Roma 7 aprile 1899 (*Giurispr. ital.*, 1899, I, 1, 487); — *contra* Cass. Firenze 14 dicembre 1916 (*Foro veneto*, 1917, pag. 825, e *Foro it.*, Rep. 1917, voce cit., nn. 17 e 18).

(ove, ad esempio, si fosse trovato in condizione di eccepire a B la compensazione) a esser debitore di B piuttosto che di C; e del pari ha inesattamente ritenuto che il provvedimento chiesto da C, come quello che « concerneva la tutela dei diritti del patrocinatore », non formasse materia controvertibile tra le parti A e B, mentre invece C, appunto per aver fatto valere un interesse proprio e distinto da quello del suo mandante, aveva cessato su questo punto di agire in veste di patrocinatore, e aveva assunto, *in contraddittorio colle altre due parti*, anch'egli la veste di parte.

5. — Non mi pare, d'altronde, che a giustificare lo stranissimo potere di riforma esercitato nel nostro caso dalla Corte Suprema di Roma, sarebbe argomento serio il ritenere che la funzione strettamente *negativa*, dalla quale la Cassazione trae lo stesso suo nome, abbia ragion d'essere in relazione alla questione principale di merito, ma non in relazione alla questione delle spese processuali: talché, mentre sulla questione di merito le decisioni della Cassazione avrebbero in ogni caso il carattere o di sentenze di accertamento negativo (rigetto del ricorso) o di sentenze costitutive (accoglimento del ricorso e conseguente annullamento della decisione impugnata), sul capo delle spese sarebbe normale da parte della Cassazione la pronuncia di vere e proprie sentenze di condanna, come potrebbe desumersi dagli artt. 541 e 542 cod. proc. civ.. Chi da questi articoli, i quali dànno alla Cassazione il potere di condannare il ricorrente nelle spese in caso di rigetto del ricorso, e di pronunciare sulle spese « come di ragione » in caso di accoglimento, volesse argomentare che, dunque, legittimamente ha agito la Suprema Corte nel caso nostro, condannando A a pagare le spese a C come di ragione, dimenticherebbe che questi artt. 541 e 542 si riferiscono esclusivamente alle spese *del giudizio di cassazione*, e non contemplano affatto un caso, com'è il nostro, in cui la Corte di cassazione era chiamata a controllare se il giudice di merito avesse bene o male deciso la questione delle spese del giudizio di appello, e in cui quindi la questione delle spese, formante oggetto del ricorso, costituiva appunto quella questione *di merito* sulla quale la Corte di cassazione non può mai esercitare altro che la sua caratteristica funzione di censura e di annullamento!

6. — In conclusione, con tutto il rispetto per la Suprema Corte, ho l'impressione che la decisione annotata rappresenti una ingiustificata e ingiustificabile deviazione da quei fondamentali canoni, criticabili sì ma finora certi, che l'istituto della Cassazione ha nel nostro diritto. E non varrebbe, a difesa di questa decisione, osservare che in questo modo la Corte Suprema di Roma ha seguìto la via più semplice e più comoda

per le parti, evitando un giudizio di rinvio dal quale tutti e tre i litiganti non avrebbero tratto altro vantaggio che quello di nuove spese; e che, quindi, di questo suo metodo spicciativo di tagliare il nodo gordiano nessuno ha da lamentarsi, e meno di tutti il ricorrente, il quale, se quel rimedio eroico non fosse stato applicato, si troverebbe ancora a penare per la difesa dei suoi diritti professionali dinanzi al giudice di rinvio. Sulla opportunità di mantenere nella nostra legislazione l'istituto del giudizio di rinvio si può discutere quanto si vuole *in iure condendo*, e magari si può arrivare a concludere (ma credo che su questo punto, specialmente dopo l'unificazione della Cassazione, convenga andar cauti...) facendo voti per la sua abolizione; ma, che io mi sappia, i giudici hanno la funzione di applicare il *ius conditum*, non già di fare per proprio conto esperimenti, sia pure coraggiosi, e magari politicamente vantaggiosi, di riforme non ancora deliberate dal legislatore! Questa esigenza di ossequio al *ius conditum* tanto più rigorosamente deve essere rispettata dalla Corte Suprema, quanto più solennemente di essa il legislatore afferma che è istituita « per mantenere l'esatta osservanza della legge », buona o cattiva che sia: altrimenti, di fronte a decisioni singolari come quella che abbiamo annotata, chi potrà tenersi dal ripetere il classico « *quis custodiet ipsos custodes?* ».

IX

SULLA NULLITÀ ASSOLUTA DELLE SENTENZE DI CASSAZIONI REGIONALI PRONUNCIATE IN MATERIE DI COMPETENZA ESCLUSIVA DELLA CASSAZIONE DI ROMA (*)

Di solito si annotano come più interessanti le decisioni giudiziarie che risolvono per la prima volta questioni nuove: mi sia permesso eccezionalmente annotare qui una sentenza per il motivo diametralmente opposto che essa risolve per l'ultima volta una vecchia questione, ormai sorpassata dalla avvenuta unificazione della cassazione civile.

La corte suprema del regno, nell'affrontare in questi primi mesi di lavoro il pesante fardello di ricorsi arretrati trasmessole dalle soppresse corti territoriali, si può paragonare al successore di una eredità un po' dissestata, il quale, per risanare la situazione patrimoniale compromessa da una serie di espedienti finanziarî, deve cominciare dal liquidare alla meglio le passività ereditarie. In verità il rimedio di cui parla la sentenza che qui annotiamo non era altro che un ingegnoso espediente suggerito dalla pratica per ovviare a uno tra i molti inconvenienti di quella mostruosità giudiziaria che fu, fino a poco tempo fa, la pluralità delle corti di cassazione: poiché la pratica, simile a un organismo vivo che sa creare da sé i suoi compensi, riesce sempre, con una mirabile agilità di intuizione superiore ad ogni sapienza di teorici, a correggere con audaci trovate le imperfezioni delle leggi scritte.

(*) [Pubblicato in *La Corte di Cassazione* (Roma), n. 1, 20 gennaio 1924, cc. 78-82, in nota ad una sentenza della Corte di Cassazione, così massimata: « Le sentenze delle corti territoriali non costituiscono provvedimenti impugnabili con ricorso alle sezioni unite. È da riguardare come non avvenuta la pronuncia emanata da una cassazione regionale in materia deferita esclusivamente alla cognizione della sezione civile della corte di Roma. La dichiarazione di tale nullità può aver luogo in qualunque sede, ma non può formare oggetto di ricorso diretto contro la sentenza di cassazione »]. [*Bibliografia*, n. 93].

Se il nostro legislatore, nel periodo della unificazione italiana, avesse inteso di mantenere in modo definitivo nel nostro ordinamento giudiziario la pluralità delle cassazioni, avrebbe senza dubbio avvertito la necessità di subordinare giuridicamente le corti territoriali alla corte di Roma e di consacrare in norme esplicite un mezzo di impugnativa contro le decisioni di quelle che avessero usurpato la competenza di questa. Ma siccome nella storia del nostro ordinamento giudiziario la conservazione delle corti territoriali e le relazioni di queste colla cassazione di Roma avevano sempre avuto un regolamento provvisorio, fatto di rappezzature e di ripieghi messi su alla meglio in attesa di quella coraggiosa unificazione che tutti i governi trovavano più comodo rimandare a migliore occasione, così la subordinazione delle corti territoriali alla corte di Roma, imposta dalla insopprimibile esigenza di ogni gerarchia giudiziaria di avere al suo apice un organo regolatore unico, si era venuta a poco a poco prifilando nella pratica con una serie di adattamenti di fatto, i quali avevano portato, come osservava argutamente il MORTARA, al paradosso di « organi minori di giurisdizione suprema soggetti alla giurisdizione *più suprema* della corte di cassazione di Roma ».

Nella storia di questi adattamenti, caratteristico apparve il principio accolto dalla giurisprudenza, che ogni qualvolta una cassazione territoriale avesse deciso su materia riservata alla cassazione di Roma (legge 12 dicembre 1875, art. 3; l. 31 marzo 1877, art. 3; art. 547 cod. proc. civ.), questa decisione dovesse considerarsi come non pronunciata e restasse integro alla corte di Roma il potere di riesaminare *ex novo* lo stesso ricorso. Questa massima, enunciata per la prima volta dalla decisione delle sezioni unite 4 aprile 1899 (*Giur. it.*, 1899, I, 1, 403) su parere di LODOVICO MORTARA, a quel tempo non ancora magistrato, fece scuola: e da allora numerose decisioni, ultima delle quali quella che oggi annotiamo, la riconfermarono (cfr. cass. Roma, 20 maggio 1905, in *Foro it.*, 1905, 804 con nota del VACCHELLI; 20 agosto 1905, in *Foro it.*, 1905, I, 1407; 13 febbraio 1909, in *Foro it.*, 1909, 300; 20 aprile 1912 in *Giur. it.*, 1912, I, 554; 10 marzo 1920 in *Foro veneto*, 1920, 177 con nota di S. LESSONA; 9 agosto 1921 in *Giur. it.*, 1921, I, 1, 783).

Riesaminare oggi a fondo la questione in tutti i suoi dettagli sarebbe un anacronismo (cfr. MORTARA, *Comm.* IV, n. 401; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 490, nota 1, e 1060 nota 2). Basti avvertire, tanto per tirare le somme di un bilancio che finalmente si è chiuso, che se la giurisprudenza si mostrò concorde nel trarre dal suddetto principio le conseguenze pratiche, non tutti i giudicati sull'argomento riuscirono a formulare con uguale esattezza il principio stesso, e parvero, pur senza averne chiara consapevolezza, oscillare tra due concezioni pro-

fondamente diverse: da una parte, infatti, si affermò che le decisioni rese da cassazioni territoriali in materie riservate alla cassazione di Roma dovevano considerarsi come giuridicamente nulle senza bisogno di impugnativa, sicché, se lo stesso ricorso fosse stato riproposto alla cassazione di Roma unica competente, questa avrebbe potuto conoscerne, senza tener conto della precedente decisione pronunciata dalla cassazione territoriale; dall'altra invece parve che alle sezioni unite dovesse riconoscersi il potere di annullare per motivo di incompetenza le decisioni delle cassazioni territoriali, costruendosi così contro le medesime una specie di ricorso in cassazione in secondo grado.

Che questa seconda concezione (azione di impugnativa con effetto costitutivo) fosse inconciliabile colla natura di organi supremi che le cassazioni territoriali, pur nella loro subordinazione di fatto alla cassazione di Roma, continuavano a mantenere *di diritto* nel paradossale ordinamento testé scomparso, non mi par dubbio. A giustificare questa pretesa impugnabilità delle loro decisioni non poteva bastare l'art. 6 del r. d. 23 dicembre 1875, il quale toglieva, sì, alle cassazioni territoriali, nelle materie riservate alla cassazione di Roma, la competenza sulla competenza, ma non lasciava in alcun modo argomentare che, nel caso in cui una cassazione territoriale avesse pronunciato in una materia sottratta alla sua competenza, la sua sentenza potesse esser sottoposta al riesame ed all'annullamento della cassazione di Roma. Né valeva invocare la l. 31 marzo 1877 sui conflitti di attribuzioni, perché, come giustamente accenna la sentenza che annotiamo, l'art. 3, n. 3, di questa legge, che deferisce alle sezioni unite della cassazione di Roma il giudizio sulla nullità delle sentenze delle *giurisdizioni speciali* per incompetenza di potere, non poteva riferirsi alle sentenze delle Cassazioni territoriali, organi ordinarî, non organi speciali di giurisdizione.

Assai meglio giustificabile appariva invece il concetto della nullità assoluta: in forza del quale, rievocandosi per questo caso idee essenzialmente romane che l'influsso germanico non è mai riuscito interamente a cancellar dalla nostra pratica (cfr. la mia *Cassazione*, I, nn. 6 e segg.; II, n. 115), si ammetteva che le sentenze delle corti territoriali viziate da incompetenza nel senso suddetto fossero da considerarsi *nullius momenti*, sicché la loro originaria inefficacia potesse esser riconosciuta con valore di mero accertamento o dalla cassazione di Roma, investita *ex novo* del ricorso contro la stessa sentenza di merito già impugnata incompetentemente dinanzi alla cassazione territoriale, o perfino dal giudice di rinvio. Anche qui, però, non mi pare che la giurisprudenza abbia mai cercato di chiarire in modo esauriente la ragione per la quale una sentenza di cassazione territoriale viziata da incompetenza dovesse considerarsi come assolutamente nulla. Non vale

dire, come qualcuno ha fatto, che in questo caso la nullità era un naturale effetto del vizio di incompetenza per materia; nessuno ha mai sostenuto, ch'io mi sappia, che nel nostro ordinamento la sentenza del giudice ordinario (diversamente per i giudici speciali: cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pagg. 368 e 372) viziata da incompetenza *per materia* sia insanabilmente nulla: essa può in tal caso essere annullabile, in quanto contro di essa l'ordinamento processuale ammetta un mezzo di impugnativa, ma se il mezzo di impugnativa non esiste o non è stato esperimentato in tempo, la annullabilità si sana e la sentenza passa in giudicato. Né si potrebbe obiettare in contrario che nel caso delle sentenze delle cassazioni territoriali era praticamente indispensabile ricorrere al concetto di nullità assoluta, cioè insanabile, dal momento che l'ordinamento processuale non offriva alcun mezzo di impugnativa che potesse servire a far valere contro queste sentenze la semplice annullabilità: non occorre spender parole per dimostrare che chi avesse ragionato così sarebbe caduto in una evidente petizione di principio (CHIOVENDA, *Principii*, pag. 490, nota 1). Per arrivare al concetto di nullità assoluta bisogna dunque nel nostro caso battere altra via: vedere, cioè, nella sentenza di una corte territoriale pronunciata su materia riservata alla corte di Roma non un caso di semplice incompetenza per materia, ma addirittura un caso di mancanza di giurisdizione. A ciò si può giungere agevolmente quando, seguendo l'insegnamento del CHIOVENDA (*Principii*, cit., pag. 490), si consideri che la competenza della cassazione di Roma sulle materie ad essa esclusivamente deferite era determinata non soltanto da ragioni di materia, ma benanche da ragioni di gerarchia e di territorio, che le facevano assumere lo speciale carattere di competenza *funzionale*: talché, come « se si appella a un tribunale o a una corte diversa da quella da cui dipende il *iudex a quo*, ciò che si fa in questi gradi non può aver efficacia né acquistarla », così doveva ritenersi come viziata da nullità insanabile per mancanza di giurisdizione la sentenza della cassazione regionale che avesse violato i confini della competenza funzionale propria della cassazione di Roma.

Tutto ciò ha ormai un interesse quasi esclusivamente storico. Ma tuttavia il ricordare questa vecchia questione nel primo numero di un periodico che vuol documentare d'ora innanzi il rinnovamento di vitalità e di autorità apportato alla cassazione civile dall'unificazione, può essere opportuno non solamente dal punto di vista scientifico (ché nel fiorir di teorie, spesso più eleganti che utili, sulle nullità assolute della sentenza, i rari esempî offerti dalla pratica sono sempre preziosi e meritano di esser conservati, anche se sorpassati dal diritto positivo, nel museo delle curiosità processuali), ma anche dal punto di vista politico. Nella sentenza della cassazione di Roma del 9 agosto 1921,

ricordata più sopra insieme colle altre che hanno deciso la nostra questione, si legge come conclusione questo malinconico avvertimento: « Tutto ciò, evidentemente, non risponde ai criterî migliori dell'ordinamento processuale; ma sarà impossibile evitare queste o simili anomalie, dannose ai cittadini, fino che dura la pluralità delle sedi della corte di cassazione ». Ebbene, oggi possiamo consolarci: l'unificazione è oggi un fatto compiuto, e l'anomalia di cui l'estensore di quella sentenza si lagnava non avrà più ragione di ripetersi nell'avvenire. Ma, mentre non può non esser per noi ragione di profonda gioia la certezza del progresso compiuto, il nostro pensiero si volge con rispettosa gratitudine a Lodovico Mortara non solo perché egli, come avvocato, fu il primo a suggerire, contro gli inconvenienti derivanti dalla pluralità delle cassazioni regionali, l'ingegnoso rimedio processuale di cui ci siamo occupati in questa nota; ma anche e sopra tutto perché egli, come magistrato e come uomo politico, seppe, in una lotta di decennî per la cassazione unica, preparare all'Italia l'ordinamento odierno dal quale questi inconvenienti sono eliminati per sempre.

X

PER IL FUNZIONAMENTO DELLA CASSAZIONE UNICA (*)

1. — Circa quattro anni addietro, nella prefazione di un lavoro dedicato alla Cassazione civile (1), ebbi occasione di accennare al profondo senso di umiliazione da me provato parlando a Bolzano, subito dopo l'armistizio, con un ex-magistrato austriaco, già consigliere della Suprema Corte di revisione di Vienna, che mi chiedeva informazioni sull'ordinamento della nostra Corte di Cassazione: da pochi giorni la vittoria aveva portato i nostri reggimenti fino ai termini alpini, e tutti noi, che avevamo avuto la ventura di arrivare fra i primi in quelle terre giustamente riconquistate all'Italia, ci vedevamo d'intorno, con un senso di pacato orgoglio, le macerie di quell'enorme amministrazione senz'anima che era stato prima della nostra vittoria l'Impero austriaco; e avevamo la coscienza che a quella nostra vittoria così risolutiva e schiacciante ci avesse portato, più che una fortunata vicenda militare e più che il valore delle nostre armi, la nostra superiorità morale che dava veramente alla nostra marcia su quelle terre il carattere non di una conquista dovuta alla forza, ma di una redenzione dovuta alla civiltà. In questo stato d'animo proprio di vincitori che non si contentano del trionfo materiale, ma vogliono esser sicuri di averlo meritato moralmente, noi avremmo voluto ai nuovi cittadini italiani offrire, come riprova della nostra superiorità, leggi ed ordinamenti più perfetti di quelli che fino a quel momento

---

(*) [Relazione presentata al Congresso della *Società per il progresso delle scienze*, apertosi a Napoli il 29 aprile 1924. Pubblicata in *Rivista di diritto pubblico* e *La giustizia amministrativa* (Milano), S. II, a. XVI, 1924, P. I, pagg. 317-341; ristampata in *Studi*, II, pagg. 257-287. Il contenuto essenziale di questo scritto fu presentato come « Relazione » anche alla *Vereinigung Deutscher Zivilprozessrechtslehrer* (München, 1° luglio 1925), e quindi tradotto in lingua tedesca da W. Kisch e pubblicato, sotto il titolo *Gegenwart und Zukunft der Kassation in Italien*, sulla *Rheinische Zeitschrift für Zivil-und Prozessrecht* (Mannheim-Berlin-Leipzig), XIV (1926), Heft 2, pagg. 204-230]. [*Bibliografia*, nn. 98, 134].

(1) *La Cassazione civile* (Torino, 1920) Vol. I, pag. IX.

vigevano nelle terre soggette all'Austria; e quando talvolta ci accadeva di accorgerci che gli ordinamenti austriaci non erano peggiori di quelli che volevamo introdurre in loro vece, e forse nei loro congegni tecnici erano per qualche aspetto migliori, ne provavamo un senso di mal dissimulata amarezza e sentivamo di quanto la grandezza della vittoria raggiunta aveva aggravato sui vincitori il peso dei nuovi doveri. Così fu appunto per l'ordinamento della Cassazione civile: quand'io dovetti spiegare all'ex-magistrato austriaco che in Italia il supremo organo giudiziario, destinato a mantenere nello Stato l'uniformità della giurisprudenza, era congegnato in modo da perpetuare ufficialmente la coesistenza nello Stato di cinque giurisprudenze diverse, e che un cinquantennio di vita unitaria non era riuscito a vincere le resistenze parlamentari alleate a tener in vita, in difesa di interessi locali e professionali, questa mostruosità giudiziaria paragonabile all'uomo con cinque teste dei baracconi da fiera, vidi guizzar negli occhi dell'austriaco un rapido sorriso di ironia, al quale purtroppo non potei contrapporre che il silenzio.

Oggi il magistrato austriaco non potrebbe più sorridere: poiché finalmente, in seguito al r. decr. 24 marzo 1923 n. 601, art. 1 (completato dalle norme di attuazione del r. decr. di pari data, n. 602, artt. 24-27) le Cassazioni territoriali sono state abolite per non più risorgere, e finalmente anche da noi, come in tutti i paesi civili, il supremo unificatore della giurisprudenza siede, in corrispondenza colle intuitive esigenze della sua funzione, unico al vertice della gerarchia giudiziaria. Salutiamo con gioia questa unificazione; non soltanto perché essa segna, dal punto di vista della tecnica processuale, la fine di un paradossale controsenso, consistente finora in un istituto disciplinato dalla legge in modo da impedire con matematica certezza il raggiungimento di quello scopo al quale la stessa legge lo proclamava destinato; ma anche perché essa sembra simboleggiare, almeno come augurio e come promessa, il conseguimento di quella unità spirituale del popolo italiano, della quale i figli delle più remote provincie, nel quadriennio di trincea che li ha stretti spalla a spalla contro il nemico comune, hanno avuto forse per la prima volta piena coscienza. L'unità del diritto, che costituisce uno degli aspetti della unità della nazione, non poteva dirsi raggiunta finché, pur essendo in vigore di nome le stesse leggi in tutto lo Stato, in realtà la unicità della norma veniva ad esser frantumata attraverso la pluralità degli organi regolatori della giurisprudenza, ciascuno dei quali, sotto colore di interpretare la legge, poteva in realtà dettar legge nuova nei confini della sua circoscrizione giudiziaria, come un antico principe nel territorio del suo feudo. Oggi questo sistematico spezzettamento della unicità giuridica dello Stato in cinque compartimenti stagni in ciascuno dei quali era diritto non

la legge emanata dal Parlamento ma la interpretazione che di essa dava la Cassazione territoriale (2), è ormai fortunatamente soltanto un ricordo storico: e solamente oggi noi abbiamo nella Cassazione unica lo strumento giudiziario capace di garantire — a condizione, s'intende, che essa goda di assoluta indipendenza di fronte al potere esecutivo! — la uguaglianza statutaria di tutti i cittadini dinanzi alla legge. Di che dobbiamo render grazie all'attuale Ministro della Giustizia, che con saggia fermezza ha saputo attuare la riforma delle circoscrizioni giudiziarie contro ogni ribellione di interessi locali, pur senza dimenticare quei suoi predecessori, tra i quali ultimo nel tempo ma non nel merito Lodovico Mortara, che la necessità della unificazione affermarono in concreti disegni di legge, e che all'attuazione dei loro propositi non poterono giungere, unicamente perché governare col Parlamento aperto è assai più arduo che governare in regime di pieni poteri.

2. — I provvedimenti che sono stati presi finora, per regolare il funzionamento della Cassazione civile dopo la unificazione, hanno carattere provvisorio, in quanto sono stati dettati dalla urgente necessità di riallacciare al nuovo centro giudiziario nazionale i tronconi lasciati dalla amputazione delle Corti regionali, e di incanalare nella Suprema Corte del Regno col minore possibile sacrifizio dei legittimi interessi locali l'imponente mole di ricorsi pendenti dinanzi alle sedi soppresse. Ma se, nei decreti pubblicati finora sull'argomento, manca per forza di cose una disciplina organica e stabile dell'istituto, la quale potrà conseguirsi soltanto quando sia compiuta la riforma del Codice di procedura civile, già in queste misure provvisorie si rivelano tendenze che mi sembrano di ottimo augurio e che con lievi ritocchi e con opportuni coordinamenti potranno trovare stabile consacrazione nell'ordinamento definitivo della Suprema Corte. Il r. decr. 7 giugno 1923, n. 1244, che, semplificando il procedimento istruttorio dei ricorsi e permettendo di presentarli — secondo quanto già era disposto in materia penale — alla cancelleria del giudice *a quo*, tempera opportunatamente i gravi danni derivanti alle Curie regionali dalla eccessiva lontananza del supremo organo giurisdizionale (3); il r. decr. 2 di-

(2) Sulla unificazione della Cassazione in relazione al problema dello sviluppo delle autonomie regionali, cfr. la mia *Cassazione*, II, n. 131, pagg. 414-415.

(3) Cfr. il mio articolo *La unificazione della cassazione civile e gli interessi regionali*, pubbl. in *Diritto italico* dell'11 aprile 1923: le idee in esso esposte intorno alla necessità di semplificare il procedimento introduttivo dei ricorsi ebbero l'onore di essere esplicitamente approvate da Lodovico Mortara nella intervista pubblicata sul numero del 25 aprile dello stesso periodico, e trovarono in gran

cembre 1923, n. 2618, che istituendo una seconda sezione civile presso la Corte di Cassazione del Regno, sente il bisogno di premettere alle sue disposizioni tali considerazioni giustificative da dimostrar chiaramente che il nostro legislatore non ha intenzione di lasciarsi andare nell'avvenire a quella pericolosa moltiplicazione delle sezioni giudicanti che in Germania ha reso illusoria la funzione unificatrice del Tribunale dell'Impero; l'art. 7 dello stesso decreto che aumenta (sia pure in misura, a mio avviso, ancora insufficiente) il deposito per multa; l'ultimo decreto-legge 22 febbraio 1924, n. 268, che, sebbene con mezzi che mi lasciano in dubbio (e avrò occasione di tornare su questo punto: oltre, n. 11), prova che al nostro legislatore sta a cuore quel fine di unificazione giurisprudenziale al quale la Corte Suprema deve servire, — tutti questi provvedimenti presi alla spicciolata, *rebus ipsis dictantibus*, sembrano veramente rispondere a un piano organico già visibile nelle sue grandi linee e dànno a sperare che l'ordinamento della Cassazione possa uscire da questa riforma conforme alle nostre speranze.

3. — Credo tuttavia, affinché questa opera di riforma, che già si disegna, possa riuscire armonica e coerente, che bisogni ricordare ancora una volta a noi stessi quello che dalla Cassazione unificata dobbiamo aspettarci, e cercare di veder chiaramente, al disotto delle incrostazioni depositatevi su dalla pratica, il profilo originale dell'istituto e la sua funzione caratteristica, che ne giustifica l'accoglimento nel nostro ordinamento giudiziario. È ormai generalmente noto — e sarebbe pedanteria rimetterci a fare qui una minuziosa diagnosi ormai superata dagli eventi — che tutti i mali di cui soffriva finora l'ordinamento della Cassazione civile in Italia avevano questa comune origine: che il nostro legislatore, mentre aveva sentito la necessità di assegnare istituzionalmente alla Corte di Cassazione, nell'art. 122 della legge sull'ordinamento giudiziario del 6 dicembre 1865 (oggi art. 61 del T.U. 30 dicembre 1923, n. 2786) una funzione ben diversa da quella degli altri tribunali — in quanto l'ufficio di « mantenere la esatta osservanza delle leggi », cioè di mantenere *la esatta interpretazione del significato astratto delle leggi* è ben diverso dall'ufficio, proprio dei giudici di merito, di assicurare l'attuazione dei precetti concreti nascenti dalla norma astratta esattamente interpretata (4) — aveva poi lasciato che

---

parte attuazione nel surricordato decreto, che nei suoi considerandi rileva « l'opportunità di facilitare i rapporti fra gli avvocati ammessi al patrocinio presso la Corte di cassazione, ma non residenti in Roma, con gli uffici della stessa corte, per la trattazione degli affari civili ».

(4) *Cassazione*, II, n. 49.

la pratica, ancora fedele alla tradizione della terza istanza e della *querela nullitatis*, distraesse sempre più il ricorso in cassazione da questo suo scopo originario e in misura sempre più ampia se ne servisse nell'interesse dei litiganti, anche là dove la esatta interpretazione del significato astratto della legge non fosse per nessun verso in pericolo. Ora su questo punto occorre essere espliciti: dinanzi a una sentenza di appello evidentemente ingiusta nell'apprezzamento dei fatti, noi possiamo, come parti in causa e come patrocinatori delle medesime, dolerci che per correggerne gli errori il nostro ordinamento processuale non conceda un ulteriore riesame in terzo grado; ma se, quali studiosi disinteressati, vogliamo prendere il nostro ordinamento processuale com'esso è, dobbiamo riconoscere che, nel sistema del doppio grado di giurisdizione accolto dal nostro legislatore sull'esempio francese, la funzione specifica del ricorso per cassazione non può essere intorbidata e deviata da considerazioni concernenti il solo interesse delle parti. All'interesse dei litiganti, i quali mirano ad evitare il danno di una sentenza ingiusta, senza distinguere se la ingiustizia derivi da errore di diritto o da errore di fatto, basta, o dovrebbe bastare, il rimedio dell'appello: al di là dell'appello il ricorso per cassazione è istituito non per tutelare l'interesse delle parti a che il giudice pronunci secondo giustizia la conclusione del suo sillogismo, ma l'interesse dello Stato a che il giudice ponga, nella premessa maggiore del sillogismo stesso, una esatta interpretazione della legge. Il carattere fondamentale del ricorso in cassazione, secondo il quale l'ammissibilità di questa impugnativa è ristretta ai soli casi in cui la sentenza denunziata sia viziata da errore di diritto, è la miglior dimostrazione che questo istituto prescinde interamente dall'interesse delle parti, il quale può essere ugualmente leso da una sentenza viziata da errore di fatto: talché, anche se il ricorso in cassazione può indirettamente giovare all'interesse del ricorrente, in quanto gli offre la via per fare annullare una sentenza che gli dà torto, questo interesse di parte trova tutela solamente nei limiti in cui la sentenza denunziata offenda insieme l'interesse dello Stato al mantenimento dell'esatta interpretazione giurisprudenziale. L'interesse privato diventa così uno strumento, sia pure inconsapevole, dell'interesse pubblico: e l'annullamento della sentenza costituisce una specie di *premio* dato al ricorrente, in cambio del servizio che questi ha arrecato allo Stato denunciando una sentenza che mette in pericolo la esatta nozione del significato astratto di una legge.

Ove questa concezione del ricorso in cassazione sia la vera (e non è il caso di ripetere qui la ampia giustificazione storico-dogmatica che altrove ha cercato di darne), è molto facile intendere qual'è il criterio fondamentale dal quale bisogna partire nel preparar la riforma

di questo istituto. Poiché lo scopo al quale la Cassazione deve in prima linea servire è quello di regolare l'interpretazione giurisprudenziale delle leggi, bisogna disciplinare il funzionamento di questo istituto in modo che il suo scopo fondamentale venga a tutti i costi raggiunto; se finora la Cassazione è stata fatta servire nella pratica ad altri interessi che ritardano od ostacolano il raggiungimento di tale scopo, questi altri interessi debbono essere sacrificati; se finora, nelle norme processuali che regolano il ricorso, qualcuna ha potuto offrire alla pratica il varco per far risorgere istituti giudiziarî d'altri tempi, queste norme debbono essere abolite. È questione, oltre a tutto, di sincerità legislativa e di economia: se lo Stato, al disopra dei tribunali di merito, sente il bisogno di mantenere al vertice della piramide giudiziaria un organo ufficialmente destinato a regolar la giurisprudenza, non dobbiamo permettere che le energie di quest'organo siano sprecate per servire a scopi diversi da quello istituzionalmente prefissogli, e che sotto il nome di Corte di Cassazione sia fatta passare alla chetichella una forma spuria di larvata Terza Istanza!

4. — Stabilito così il criterio che, a mio avviso, dev'essere posto come premessa necessaria della riforma, il problema fondamentale della sua attuazione pratica è indubbiamente il seguente: come potrà d'ora innanzi la Corte di Cassazione del Regno, unica per tutto lo Stato, far fronte essa sola, senza venir meno allo scopo per cui è istituita, alla enorme mole di lavoro che finora cinque Corti territoriali erano appena sufficienti a sbrigare?

La gravità del problema balza subito agli occhi, sol che si ponga mente alle eloquenti cifre offerte dalle statistiche giudiziarie più recenti: le quali ci dicono che la somma complessiva dei ricorsi nuovi presentati annualmente alle cinque Corti territoriali aveva superato negli ultimi anni (senza contare, si badi bene, i ricorsi arretrati) il numero imponente di tremila (5). Ora non è difficile intendere che, se questo numero annuo di ricorsi si mantenesse costante anche dopo la unificazione della Cassazione civile (6), sarebbe assurdo sperare che un sì imponente carico di lavoro giudiziario possa essere esaurito da una sola Corte; la quale per tenersi al corrente dovrebbe d'ora innanzi decidere in media — tenendo conto dei giorni festivi e delle ferie — più di dieci ricorsi al giorno! Si aggiunga, d'altra parte, che la Corte di Cassazione del Regno ha ereditato dalle soppresse Corti territoriali

(5) Dati precisi in *Cassazione*, II, n. 132 in nota.

(6) Il che sembra probabile: come si può desumere dalle seguenti cifre relative ai ricorsi nuovi presentati in materia civile nei primi mesi dell'anno corrente: gennaio 305; febbraio 167; marzo 177.

un ammasso di ricorsi civili arretrati, che l'attuale primo presidente MARIANO D'AMELIO, in una recente intervista (7), ha calcolato approssimativamente in seimila: sicché se dovesse avverarsi la coraggiosa previsione, espressa dal primo presidente, che questo lavoro arretrato possa essere esaurito in due anni, bisognerebbe ammettere che la Cassazione unica debba per due anni — tra ricorsi arretrati e ricorsi nuovi — essere condannata ai *lavori forzati* di circa venti decisioni al giorno: il che potrebbe voler dire all'ingrosso, coll'organico stabilito dal r. decr. 3 maggio 1923 che permette di calcolare a una quarantina i consiglieri adibiti alla decisione dei ricorsi civili (8), un còmpito settimanale di quattro sentenze per consigliere! È vero che una parte dei ricorsi arretrati potrà esaurirsi senza decisione, in virtù della perenzione comminata nelle disposizioni transitorie (9) e che una certa diminuzione del numero dei ricorsi nuovi potrà essere la naturale conseguenza dell'aumentata lontananza della Corte Suprema dalla sede del litigio (10) e dell'accresciuta cifra del deposito per multa. Ma, anche se queste speranze non saranno smentite dalla realtà, il lavoro giudiziario della Corte Suprema si presenta tuttavia, sia pur nelle ipotesi più ottimistiche, come insolitamente gravoso: tanto gravoso da far temere che, quand'anche il supremo consesso giudiziario riuscisse, con un miracolo di febbrile operosità che raggiungerebbe l'eroismo, a far fronte al suo compito senza stancarsi, questo sforzo dovrebbe inevitabilmente andare a scapito di quella serena meditazione dei giudizî, la quale, necessaria ad ogni tribunale, è addirittura indispensabile alla Corte Suprema regolatrice di tutta la vita giudiziaria del Paese. Il presidente del Consiglio, nel suo discorso elettorale del 24 marzo, giustamente si compiaceva del « ritmo accelerato » con cui la Cassazione del Regno si è dedicata, dopo la riforma, a liquidare la eredità di ricorsi arretrati trasmessale dalle Corti soppresse; ma questa accelerazione di attività, che oggi può essere prova confortante della abnegazione con cui i componenti del supremo consesso affrontano con loro grave sacrificio le esigenze di un periodo eccezionale, non

---

(7) In *Battaglie Forensi* dell'aprile scorso (1924): cfr. *Giornale d'Italia* del 1° aprile (1924), pag. 8.

(8) L'organico del personale giudicante della Corte di Cassazione del Regno stabilito nella Tabella A del r. decreto 3 maggio 1923 n. 1165, comprende oltre il primo presidente cinque presidenti di sezione e 72 consiglieri: a questi si devono aggiungere però i magistrati appartenenti alla sezione temporanea istituita con r. decr. 26 giugno 1921, n. 849 (cfr. art. 64 T.U. 30 dicembre 1923, n. 2786).

(9) Cfr. r. decr. 24 marzo 1923, n. 602, art. 26; r. decr. 7 ottobre 1923, n. 2089, art. 1; r. decr. 2 dicembre 1923, n. 2618, art. 5.

(10) Cfr. la citata intervista di LODOVICO MORTARA sul *Diritto italico* del 25 aprile 1923.

potrebbe essere a lungo protratta senza veder rapidamente decadere il prestigio della Suprema Corte, che dev'essere a tutti i giudici maestra di ponderata sapienza, non di affrettata improvvisazione.

5. — Di fronte a questa situazione di cose, ognuno intende come sarebbe temerario sperare che la Corte di Cassazione del Regno, sia pur costituita di due sezioni anziché di una sola come teoricamente sarebbe desiderabile, possa nell'avvenire, superata la fase di assestamento, raggiungere un ritmo normale di vita, ove non si provveda subito ad eliminare la paurosa sproporzione attuale tra la potenzialità dell'organo giudicante e il numero dei ricorsi sui quali esso è chiamato a giudicare. Quando si pensa che in Germania, per circa quattromila domande di revisione presentate annualmente in materia civile al Tribunale dell'Impero, si era giunti ad istituire sette sezioni, con un lavoro annuo (che già pareva gravissimo) di men che seicento decisioni per sezione, e che in Francia, con una media di settecento ricorsi nuovi all'anno, non più di trecento giungono alla decisione della *chambre civile* (11), appare evidente la impossibilità di mantenere in Italia senza adeguati mutamenti il sistema attuale, il quale, anche quando fosse miracolosamente smaltito il lavoro arretrato, imporrebbe a ciascuna sezione civile l'onere di oltre mille decisioni annuali!

Occorre dunque provvedere; e le vie da seguire per raggiungere il normale assestamento non possono essere che due: o aumentare il numero delle sezioni, o diminuire il lavoro. La prima via, ch'è quella seguita in Germania, ove, a forza di successivi aumenti, si era giunti a far del Tribunale dell'Impero un organo mastodontico composto di undici sezioni, sette civili e quattro penali (12), credo che debba essere senz'altro scartata, come quella che mette in serio pericolo il conseguimento dello scopo di unificazione giurisprudenziale, dal quale la

---

(11) Cifre statistiche in *Cassazione*, II, pag. 416 nota 2; pag. 423 nota 2. Nel 1922 il numero dei ricorsi in revisione presentati al Tribunale dell'Impero salì a 6612; ma nel 1923 è disceso a 5748 e, in seguito alle ulteriori restrizioni (cfr. nota seguente), è prevedibile che nell'anno corrente si aggirerà su circa 4.000 ricorsi (1.088 ricorsi nel primo quadrimestre del 1924): cfr. SIMONS, *Das Reichsgericht in Gegenwart und Zukunft*, nella *Deutsche Juristen Zeitung* dell'aprile e del maggio 1924, col. 325 e segg. Anche in Francia in questi ultimi anni il numero dei ricorsi in materia civile ha avuto una certa tendenza all'aumento: anno giudiziario 1919-1920: 852; 1920-21: 984; 1921-22: 1.114; 1922-1923: 1.198.

(12) Recentemente però, dopo la riforma del 27 marzo 1923, si è potuto abolire una sezione civile ed una sezione penale, sicché oggi le sezioni sono ridotte a nove: ed altre abolizioni si sperano per l'avvenire; cfr. gli articoli del SIMONS, presidente del Tribunale dell'Impero, precedentemente citati, specialmente a col. 241 e segg.

Cassazione trae, come si è visto, la sua ragion d'essere. A voler essere consequenziarî fino all'estremo, la Cassazione unica dovrebb'essere composta di un'unica sezione; ma anche se, come credo, non sarà praticamente possibile evitare che la seconda sezione civile, istituita con carattere provvisorio dal r. decr. 2 dicembre 1923, assuma carattere stabile e definitivo, sicché la Corte Suprema nel suo ordinamento normale abbia due sezioni civili parallele alle due sezioni penali (13), non credo che più là si possa andare su questa via: altrimenti si rischierebbe di dar ragione agli oppositori della unificazione, i quali solevano dire che questa avrebbe lasciato sussistere di fatto la pluralità delle Corti di Cassazione colla sola differenza che « invece di aversi cinque sezioni di cassazione risiedenti in cinque diverse città, si *sarebbero avute* cinque sezioni risiedenti a Roma » (14).

Non resta dunque che la seconda via, che cerca la salvezza nella diminuzione dei ricorsi: esaminiamo rapidamente quali potranno essere i mezzi pratici per conseguire tale intento.

6. — Le statistiche giudiziarie, le quali ci dicono che sulla totalità delle decisioni delle Corti di Cassazione le sentenze di rigetto hanno sempre raggiunto una percentuale di circa due terzi (15), provano, colla dimostrazione di tale notevole prevalenza numerica di ricorsi infondati, che v'è nei litiganti una forte tendenza ad abusar di questo rimedio. Appare da ciò la opportunità di introdurre o rafforzare misure che mirino a ostacolare la presentazione dei ricorsi temerarî; qual'è, nel nostro diritto, il deposito per multa, che avendo appunto il carattere di una *poena temeritatis*, può esercitare altresì una notevole efficacia preventiva, a condizione che la cifra della multa non sia tenue fino a diventare irrisoria. Per questa considerazione, mentre credo che sia da approvare il criterio cui si è ispirato il già citato decreto 2 dicembre 1923 nel raddoppiare la misura del deposito prescritto dall'art. 521 del Cod. proc. civ., ritengo che l'aumento sia stato contenuto in limiti troppo modesti: quando si pensa che già nel 1875, nel disegno di riforma della Cassazione presentato dal VIGLIANI, si proponeva di innalzare l'ammontare del deposito a 300 lire (16), è facile intendere come la stessa somma, posta in relazione colla odierna svalutazione della moneta, sia oggi, nella maggior parte dei casi,

---

(13) Così è infatti stabilito, sembra in forma definitiva, dall'art. 64 del T.U. 30 dicembre 1923, n. 2786.

(14) Così il più autorevole oppositore dell'unificazione della Cassazione civile, V. E. ORLANDO, nel suo scritto *Sulla unif. della C. di c.*, Palermo 1893, pag. 8.

(15) *Cassazione*, II, pag. 422 in nota.

(16) *Cassazione*, II, pag. 421, nota 3.

assolutamente inefficace a esercitare un sensibile influsso sui ricorrenti temerarî. Anche se si volesse semplicemente conguagliare la multa al mutato valore della moneta, bisognerebbe portarla alle cifre, proposte dal MORTARA, « di lire duecento se la sentenza impugnata è di pretura, di lire quattrocento se è di tribunale, di lire seicento in ogni altro caso » (17); ma io penso che si potrebbe tranquillamente arrivare anche più in su, per esempio fino a un massimo di mille lire per i ricorsi contro sentenze di Corti d'Appello, ove si ritenesse inattuabile, per ragioni di semplicità, un sistema che consentisse anche ulteriori aumenti purché proporzionali al valore della causa. Né mi spaventa la facile obiezione, ripetuta nel Parlamento germanico dai partiti di sinistra tutte le volte in cui si è proposto di aumentare la *summa revisionis* per alleggerire il lavoro del Tribunale dell'Impero (18), che queste restrizioni di indole economica sono tutte a carico delle classi meno abbienti, in quanto ottengono l'effetto di chiuder la via della cassazione non ai litiganti temerarî, ma ai litiganti poveri: a questa accusa è, invero, altrettanto facile rispondere che ai litiganti poveri deve provvedere, se il ricorso appar fondato, il gratuito patrocinio che porta con sé l'esonero del deposito; e che d'altra parte, anche se queste misure eroiche, considerate dal punto di vista dell'interesse privato, possono portare in qualche caso a dolorose sperequazioni, debbono per forza essere accettate quando rappresentino la condizione *sine qua non* per ottenere che la Corte di Cassazione raggiunga quegli scopi di pubblico interesse per i quali è istituita (19).

7. — Un'altra misura che potrebbe riuscire efficace allo scopo di sfollare le udienze della Cassazione sarebbe quella consistente nell'escludere dalla trattazione pubblica in contradditorio i ricorsi che da un esame preliminare in camera di consiglio apparissero inammissibili per ragioni processuali. È noto che a una delibazione preliminare della regolarità formale dei ricorsi (e anche della fondatezza dei motivi) serve in Francia la *chambre des requêtes*, la quale lascia passare alla decisione della *chambre civile* solamente quei ricorsi che appaiano regolari dal punto di vista formale e che si presentino in merito con una apparenza di serietà tale da renderne opportuna la trattazione in udienza. Nessuno potrebbe ormai seriamente pensare ad introdurre anche in Italia il sistema della *chambre des requêtes*, che a tante critiche ha dato luogo anche in Francia soprattutto perché la delibazione

(17) *Per il nuovo Codice di procedura civile*, Riflessioni e proposte (Torino, 1923) art. 295.

(18) Cfr. *Cassazione*, I, n. 220; II, n. 132, *b.* B.

(19) Cfr. *Cassazione*, II, pag. 420.

preliminare della fondatezza dei motivi costituisce o una superflua duplicazione di lavoro o una fonte di conflitti di giurisprudenza fra le due sezioni (20), ma per quanto attiene all'esame preventivo della ammissibilità formale dei ricorsi, l'ufficio della *chambre des requêtes* potrebbe essere utilmente sostituito da una disposizione la quale autorizzasse ciascuna sezione della Corte di Cassazione a pronunciarsi in camera di consiglio sui ricorsi inammissibili per ragioni di rito, senza bisogno di portarli all'udienza. Una norma siffatta, la quale si trovava nell'articolo 9 del disegno TAIANI modificato dall'ufficio centrale del Senato (21) ed è in vigore in qualche legislazione straniera (22), è oggi anche da noi accolta per la Cassazione penale nell'art. 520 del vigente Codice di procedura penale; ed è estesa anche alla Cassazione civile dall'art. 284 delle recenti *Proposte* pubblicate da LODOVICO MORTARA. Sulla opportunità di questa proposta non mi pare che possano sorger dissensi; né varrebbe obiettare in contrario che con questa riforma si viene a vulnerare in cassazione il sistema della oralità; è risaputo infatti che quantunque nella pratica la Corte di Cassazione sia il consesso giudiziario dinanzi al quale gli avvocati più e meglio discutono oralmente, in realtà il principio della oralità perde gran parte del suo significato in un processo, come quello di cassazione, destinato a risolvere questioni di puro diritto, senza raccolta di prove e senza valutazione di materiale istruttorio: onde la discussione orale potrebb'essere senza gravi danni limitata in questa sede, come dinanzi alla Suprema Corte di revisione si pratica nell'ordinamento processuale austriaco (che pure segna nei gradi inferiori il trionfo dell'oralità) (23) e come proponeva di fare anche per la nostra Cassazione il MATTIROLO (24).

8. — Ma le misure esaminate finora non sarebbero certamente sufficienti, esse sole, a ridurre il lavoro della Corte di Cassazione nei limiti desiderabili; occorre dunque, per ristabilire l'equilibrio, limitare ulteriormente l'ammissione del ricorso. I criterî da seguire per stabilire questa limitazione potrebbero esser varî: si potrebbe, come per

---

(20) Cfr. letteratura sull'argomento in *Cassazione*, I, pag. 577 nota 1; II, pag. 424 nota 1.

(21) *Cassazione*, II, nota 1 a pag. 425.

(22) Così nel § 554 *a* della *CPO* germanica in seguito alla Novella 5 giugno 1905; e nel § 529 del codice di proc. civile ungherese: cfr. ora, PLOSZ, *Die Revision im ungarischen Zivilprozess*, in *Rhein. Zeits.* XII (1923), pag. 379.

(23) *Cassazione*, I, n. 237. Lo stesso vale per la revisione nel diritto ungherese, cfr. PLOSZ, scritto cit. pagg. 377-380.

(24) *Trattato*, IV, n. 1011: cfr. *Cassazione*, II, pag. 425 nota 4.

la revisione germanica, stabilire una *summa gravaminis*, nel senso di escludere il ricorso in cassazione nelle cause il cui valore fosse inferiore ad una certa cifra (25), oppure, come ripetutamente fu proposto per la revisione germanica, escludere il ricorso in cassazione contro la doppia conforme. Ma queste limitazioni, oltreché criticabili sotto altri punti di vista, avrebbero il gravissimo inconveniente di tradire quello scopo di unificazione della giurisprudenza per cui la Cassazione è istituita: la introduzione di una *summa cassationis* sottrarrebbe infatti sistematicamente al controllo della Corte suprema e quindi al beneficio della unificazione giurisprudenziale intere zone giuridiche, i cui rapporti hanno di solito un valore economico esiguo e quindi inferiore alla somma cassabile: e la esclusione del ricorso contro la doppia conforme renderebbe impotente la Corte regolatrice anche contro le più aperte violazioni di legge per il solo fatto che il giudice di primo grado e il giudice di appello si fossero trovati concordi nella stessa erronea interpretazione, magari disforme da quella ormai costantemente seguita dalla Corte suprema (26).

Assai più logico appare invece cercar la diminuzione del numero dei ricorsi in un altro criterio di limitazione: consistente nel ridurre rigorosamente i motivi di cassazione a quei soli che siano in armonia collo scopo di controllo della giurisprudenza per il quale la Corte Suprema è istituita, in modo da limitare la cognizione della Corte di Cassazione del Regno *a quelle sole questioni dalla cui corretta risoluzione possa derivare, anche fuori della concreta controversia in occasione della quale son sorte, un influsso regolatore sulla futura interpretazione giurisprudenziale del diritto oggettivo* (27). Non è il caso di riprender qui in esame le ragioni che giustificano questa proposta, la opportunità della quale mi sembra ormai entrata nella coscienza comune, se fra tutti i numerosi disegni di riforma della Cassazione presentati in Italia dall'unificazione legislativa ad oggi, non uno, si può dire, ha trascurato di proporre che i motivi di cassazione enumerati dall'art. 517 del Cod. proc. civ. siano in parte trasformati in motivi di correzione, o di revocazione, o di nullità da farsi valere presso il giudice *a quo* (28): fino a dichiarare il ricorso in cassazione

---

(25) Nei paesi a moneta svalutata la *summa revisionis* è stata portata, in questi ultimi tempi, a cifre altissime: così in Germania, dove la *Revisionssumme* era di 4.000 marchi, l'ordinanza del 27 marzo 1923 l'ha innalzata a 500.000 marchi (cfr. SIMONS, scritto cit. pag. 377).

(26) Cfr. precedenti e discussioni sull'argomento in *Cassazione*, I, nn. 216 e 220; II, pagg. 422-423.

(27) Cfr. *Cassazione*, II, 121.

(28) Cfr. *Cassazione*, II, n. 133, ed ivi disamina di tutte le proposte contenute sull'argomento nei varî disegni di legge.

ammissibile soltanto, come proponeva il disegno ZANARDELLI-COCCO ORTU, « per violazione e falsa applicazione della legge, ai sensi del n. 3 dell'art. 517 Cod. proc. civ. » (29). Di questa riduzione dei motivi di cassazione, che ha trovato consensi anche nelle ultime discussioni parlamentari sulla riforma dei Codici, si è fatto da decennî autorevole propugnatore LODOVICO MORTARA, il quale, riassumendo oggi il suo pensiero nell'art. 292 in relazione cogli artt. 235 e 336 delle sue recenti *Proposte*, riserva alla Cassazione i soli motivi di incompetenza, violazione o falsa applicazione della legge, violazione delle forme e dei termini aventi sanzioni di nullità, violazione dell'autorità della cosa giudicata se la eccezione sia stata proposta nel grado anteriore, « mancanza assoluta di accertamento o di esame intorno a un punto di fatto che fu oggetto di specifica discussione tra le parti »: trasformando gli altri vizî contemplati dall'attuale art. 517 in motivi di rettificazione (art. 235) o di revisione (art. 336).

Ora io debbo francamente dichiarare che, mentre mi associo di tutto cuore alla tendenza rappresentata da queste proposte, vorrei che essa fosse attuata con maggior rigore e con più decisa intransigenza. Come ho accennato poco fa, se noi vogliamo riportare il ricorso in cassazione a servire a quello scopo di unificazione giurisprudenziale per il quale le costituzioni uscite dalla rivoluzione francese lo hanno creato e perfezionato, è necessario liberarlo dalle superstrutture colle quali la pratica paesana, attaccata alla tradizione del diritto comune, è riuscita in parte a nasconderne il carattere originale (30): bisogna in altre parole totalmente purificarlo da ogni influsso derivante da ricordi nostalgici della terza istanza o della querela di nullità, mezzi di impugnativa che colla unificazione della giurisprudenza, concetto nato dallo Stato moderno e dalla codificazione, non ebbero niente a che fare. Per arrivare a compiere questa specie di esumazione dell'istituto fuori dai materiali spurî accumulativi su dalla pratica, e determinare, in coerenza colla sua tipica funzione, quali sono i vizî delle sentenze d'appello che debbono esser considerati come motivi di cassazione, basta domandare, per ciascuna categoria di questi vizî, se essi siano tali da mettere in pericolo la esattezza e la uniformità della interpretazione giurisprudenziale della legge; se noi procederemo con questo metodo, ci sarà facile arrivare a concludere che le limitazioni dei motivi di cassazione debbono essere logicamente anche più restrittive di quelle proposte dal MORTARA.

Per quanto attiene agli *errores in judicando*, infatti, ogni riesame

---

(29) *Cassazione*, II, pagg. 430-431.
(30) Cfr. *Cassazione*, II, n. 122.

della Corte di Cassazione dev'essere ristretto, se non si vuol ricadere nella terza istanza, a quei casi in cui sia posta in discussione la esistenza, il significato o l'applicabilità alle specie controverse di una norma giuridica: all'infuori di questi casi, l'errore sul fatto, anche se raggiunga l'evidenza del cosidetto travisamento o se vada manifestamente contro il notorio, anche se violi una massima di esperienza o derivi da palese difetto di rigore logico, o costituisca, per adoprar la frase del MORTARA « una mancanza assoluta di accertamento o di esame » su un punto controverso, non può considerarsi come motivo di cassazione, per la semplice ragione che l'errore sul fatto, anche se spinto agli estremi della ingiustizia manifesta, non mette in pericolo l'unità del diritto, cioè la uniforme interpretazione del significato astratto della norma. Né, ch'io mi sappia, esiste nello Stato, accanto alla esigenza costituzionale della uniforme interpretazione della legge, uno speciale interesse alla uniforme interpretazione delle massime di esperienza o all'esatto riconoscimento dei fatti notorî!

Le stesse argomentazioni si possono ripetere per escludere che possa essere motivo sufficiente di cassazione il semplice *error in procedendo*, cioè la semplice inesecuzione di un precetto processuale, sia pure avente sanzione di nullità. È evidente infatti — e non starò qui a ripeterne le ragioni (31) — che la inosservanza di forme processuali anche essenziali non minaccia la unità del diritto oggettivo, se non in quanto tale inosservanza sia la conseguenza di una pronuncia nella quale il giudice abbia erroneamente interpretato la corrispondente norma processuale: la semplice nullità non derivante da un errore di interpretazione, non riveste, *in relazione al fine del controllo sulla giurisprudenza*, una particolare gravità che consigli di farne un motivo di cassazione; e se il ricorso in cassazione, istituito per disciplinare l'interpretazione giurisprudenziale *in judicando*, è stato finora, per mancanza di idee chiare sui varî mezzi di impugnativa, utilizzato anche per far valere le nullità processuali *in procedendo*, questo non esclude che sia opportuno d'ora innanzi richiamare in vita per questo secondo ufficio la nostra antica *actio* o *querela nullitatis* dinanzi al giudice *a quo*, la quale finora era rimasta assorbita nel ricorso per cassazione, con reciproca menomazione ed alterazione delle rispettive funzioni dei due rimedî.

In conclusione, io credo che i motivi di cassazione (a parte il motivo di incompetenza, che dovrebbe in ogni caso essere riservato al controllo della Cassazione, nella sua qualità di supremo organo giudiziario regolatore delle competenze degli organi inferiori) potreb-

---

(31) *Cassazione*, II, n. 123.

bero utilmente e logicamente essere ridotti, sull'esempio del progetto ZANARDELLI, ad uno solo, cioè alla erronea interpretazione (cosiddetta violazione o falsa applicazione) della norma giuridica *in iudicando*, con espressa avvertenza — contenuta già nel disegno DE FALCO del 1872 (32) e in una proposta di riforma della revisione germanica presentata nel 1910 dal HAMM al 29° Congresso giuridico tedesco (33) — che le nullità processuali dovrebbero costituire motivo di cassazione solamente quando fossero la conseguenza della erronea interpretazione di una norma relativa al procedimento, il significato della quale fosse stato proposto come punto di controversia e deciso nella sentenza impugnata; il che significherebbe che il motivo unico di cassazione dovrebbe abbracciare ogni violazione o falsa applicazione di legge, *sostanziale o processuale*, commessa dal giudice di merito *non nell'agire* (*in procedendo*), ma *nel giudicare* (*in judicando*). Sarebbe forse utile, non già perché questa formula potesse lasciare adito a dubbî, ma per meglio riaffermare nella pratica la portata categorica di questa limitazione, aggiungere espressamente che non potrebbe dare adito a cassazione il vizio anche evidente di motivazione o la violazione di una massima di esperienza, sia pure spinta sino all'estremo del cosiddetto travisamento (34), e chiarire con adeguata formula legislativa che nel concetto di erronea interpretazione di legge dovrebbe essere compreso anche l'*error juris in hypothesi*, cioè l'errore sulla qualifica giuridica del fatto controverso, il quale si risolve, in ultima analisi, in un errore sul significato della norma da applicare (35).

In questo modo, poiché le statistiche giudiziarie dimostrano che i ricorsi basati su violazione o falsa applicazione di legge ammontano a poco più del 50 % del numero complessivo (36), il lavoro della Corte di cassazione sarebbe alleggerito quasi della metà: il che potrebbe presumibilmente portare, insieme colla diminuzione di lavoro derivante dalle altre limitazioni precedentemente proposte, a ridurre la cifra annua dei ricorsi al di sotto del migliaio, cioè ad una cifra compatibile col normale funzionamento fisiologico delle due sezioni civili. Gli altri vizî, che finora per l'art. 517 del Cod. proc. civ. hanno dato adito a cassazione, dovrebbero trasformarsi, in quanto non potessero esser fatti rientrare nel concetto di erronea interpretazione di legge, in motivi di correzione, o di revocazione, o di nullità, da portarsi innanzi al giudice

---

(32) *Cassazione*, II, pag. 433.

(33) *Cassazione*, II, n. 134.

(34) Disposizioni in questo senso si trovavano nei disegni DE FALCO, VIGLIANI, TAIANI, ecc.: cfr. precisi riferimenti in *Cassazione*, II, pag. 427 nota 2.

(35) *Cassazione*, II, n. 39.

(36) *Cassazione*, II, pag. 433 in nota.

a quo. So che contro questa trasformazione si obietta autorevolmente che la impugnativa portata allo stesso giudice che ha emanato la sentenza impugnata perde gran parte della sua efficacia, per la naturale riluttanza del giudice a riconoscere la esistenza di vizî a lui stesso imputabili (37). Ma a questa obiezione si risponde: primo, che per ovviare a tale inconveniente, si potrebbe adottare qualcuna delle cautele suggerite a questo fine dai precedenti disegni di riforma, come sarebbe quella di stabilire che l'autorità giudiziaria dovesse decidere sulla impugnativa con giudici diversi da quelli che avessero pronunciato la sentenza impugnata (38); secondo, che quando anche sulla impugnativa fossero chiamati a decidere gli stessi giudici, il pericolo di scarsa serenità nel giudicare del fatto proprio sarebbe in gran parte neutralizzato dal fatto che i motivi della impugnativa avrebbero il carattere di trasgressioni formali a precisi precetti di procedura, sul riconoscimento dei quali avrebbe potere assai limitato l'apprezzamento soggettivo del giudice; terzo, che se pure la impugnativa portata al giudice *a quo* offrisse per i litiganti scarsa probabilità di accoglimento, questa potrebb'essere una ragione salutare per indurre gli avvocati a servirsi di questo rimedio con parsimonia, cioè solo nei casi veramente gravi e fondati. D'altronde io confesso francamente, mettendo anche a profitto un po' di esperienza professionale, che non riesco ad impietosirmi per la sorte dei poveri litiganti che si troverebbero d'ora innanzi danneggiati da una siffatta « serrata » di mezzi d'impugnativa contro la sentenza d'appello: la tendenza delle legislazioni processuali è evidentemente orientata verso una graduale limitazione delle impugnative: perfino il principio del doppio grado è discusso; e certo l'avvenire riconoscerà che la miglior garanzia di giustizia non è la moltiplicazione degli appelli, ma la buona scelta dei giudici di primo grado. D'altra parte non mi pare che nella coscienza pubblica — se per coscienza pubblica non si vuole intendere l'interesse professionale degli avvocati — sia sentita la necessità di moltiplicare nel processo civile i mezzi di impugnativa; quello che preme ai litiganti, in corrispondenza col ritmo sempre più rapido della vita moderna, è di avere con celerità una decisione definitiva che tronchi il litigio; sicché ogni limitazione dei mezzi di impugnativa, la quale porterebbe con sé una naturale accelerazione del processo, credo che sarebbe salutata con simpatia dalla pubblica opinione, specialmente nei ceti commerciali.

---

(37) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1038, nota 1; e *Cassazione*, II, pag. 431.

(38) Cfr. le disposizioni dei disegni VIGLIANI e TAIANI in *Cassazione*, II, pag. 432 nota 2.

9. — Allo scopo di semplificare ed accelerare il processo anche in sede di cassazione credo che non si possa lasciare senza riforma il sistema attuale del giudizio di rinvio, per il quale l'autorità giudiziaria, cui la causa viene rimandata dopo l'annullamento per la decisione di merito, è libera di non uniformarsi, o, come si dice, di *ribellarsi* alla interpretazione espressa dalla Suprema Corte nella sentenza di cassazione, salvo un secondo ricorso per gli stessi motivi alle Sezioni unite. Questo bizzarro sistema, in forza del quale par che la Corte di Cassazione si rassegni a... far sul serio solamente quando decide a Sezioni unite, mi ha sempre richiamato in mente il mito della lotta tra Ercole ed Anteo, in cui quest'ultimo, sul punto d'esser vinto, riprendeva novella lena appena toccava la madre terra: in questo ostinato palleggiamento di una controversia dura a morire tra la Corte di Cassazione e i giudici di merito, il giudizio di rinvio pare infatti espressamente destinato a riaccendere l'acrimonia del dibattito col rifornire al soccombente esca di nuovi cavilli.

Nei disegni di riforma del processo civile che sono stati presentati in questi ultimi tempi dal CHIOVENDA e dal MORTARA, il problema del giudizio di rinvio si trova risolto in modi diametralmente opposti: mentre nelle proposte del MORTARA è conservato il sistema francese, per il quale l'obbligo del giudice di rinvio di uniformarsi alla decisione della Corte Suprema sorge soltanto quando sia stata pronunciata dalle Sezioni unite una seconda cassazione per gli stessi motivi (art. 289), la proposta CHIOVENDA si avvicina su questo punto al sistema della revisione germanica, in quanto stabilisce non soltanto che il giudice di rinvio debba sempre, fin dal primo rinvio, « conformarsi alla decisione della Corte di cassazione sui punti di diritto sui quali questa ha pronunciato » (art. 196, capov. 3), ma stabilisce altresì che la Corte di cassazione, quando il ricorso è accolto per violazione o per falsa applicazione della legge, « statuisce essa stessa nella causa, ove ciò sia possibile, in base ai fatti accertati nella sentenza impugnata ed entro i limiti della contestazione » (art. 196 primo comma). Tra queste due contrapposte soluzioni estreme, io credo che la via preferibile sia quella intermedia. Lasciare le cose come stanno, e conservare questo insuperabile capolavoro di bizantinismo giudiziario che par fatto apposta per alimentar le ironie degli oppositori della Cassazione, e che gli stessi Francesi considerano come la più singolare *chinoiserie* di tutta la loro legislazione (39), non credo che si possa: non solo perché le complicazioni processuali a cui questo sistema dà luogo sono intol-

---

(39) R. DE LE GRASSERIE, *De la fonction et des juridictions de cassasion* (Paris, 1911) pag. 44.

lerabili in una legislazione moderna, ma anche perché il potere dato al primo giudice di rinvio di ribellarsi alla opinione espressa dalla Corte Suprema trae storicamente la sua origine da dottrine ormai superate da più di un secolo. È noto che la Cassazione, al momento in cui fu istituita alla fine del secolo XVIII, fu concepita come organo di controllo costituzionale, che doveva stare al di fuori e al di sopra dell'ordine giudiziario, per impedire che questo sconfinasse nel campo riservato agli organi legislativi: talché, non dovendo essa servire a esercitar la giurisdizione ma piuttosto a vigilare sugli organi destinati a esercitarla, sembrò che sarebbe stato contrario al principio della separazione dei poteri affidare a un organo estraneo alla gerarchia giudiziaria un potere positivo sulla risoluzione delle controversie, e inconciliabile colla indipendenza della magistratura qualsiasi limitazione della libertà di decisione del giudice di rinvio. Così l'ufficio della Cassazione ebbe carattere rigidamente negativo: essa non fu istituita per giudicare, ma per distruggere il giudicato contrario alla legge (40). Come questi principî originarî siano ormai estranei alla Cassazione qual'essa è attualmente, non ha bisogno di esser dimostrato; oggi la Corte di cassazione fa parte dell'ordine giudiziario, di cui costituisce il vertice, e la sua funzione, quantunque orientata verso un interesse pubblico diverso da quello per cui sono istituiti i tribunali di merito, ha per le parti natura schiettamente giurisdizionale e si svolge in forme decisamente processuali: onde il porre come regola che il giudice di rinvio debba subito, senza attendere la seconda cassazione per gli stessi motivi, uniformarsi alla opinione della Corte Suprema sul punto di diritto, non significa menomazione della sua indipendenza e subordinazione del suo giudizio all'imposizione di un potere extragiudiziario, ma significa soltanto repartizione di lavoro tra due organi giudiziarî, dalla cui cooperazione resulta, nel giudizio di rinvio, una unica sentenza di natura complessa (40 bis).

Se, per queste ragioni, io sono decisamente contrario a mantenere nel nostro diritto la regola, finora vigente, che permette la *ribellione* del primo giudice di rinvio alla decisione della Cassazione — con evidente sacrificio dell'autorità di questa e con inutile duplicazione di lavoro giudiziario sullo stesso oggetto — sono d'altra parte contrario del pari alla proposta che vorrebbe dare alla Corte Suprema il potere di applicare essa stessa il diritto al fatto, tutte le volte in cui ciò fosse possibile: dopodiché, per essere logici, bisognerebbe alla sua denominazione tradizionale sostituire quella di Revisione. Le ragioni della

(40) Cfr. *Cassazione*, I, nn. 164, 192; II, n. 125.

(40 bis) Sulla natura complessa della sentenza del giudice di rinvio, cfr. il mio scritto *La sentenza soggettivamente complessa*, n. 11 s. [*Opere giuridiche*, I, p. 128 ss.].

mia avversione a questa proposta si possono riassumere intorno a due punti: in primo luogo io penso, associandomi di gran cuore a quanto colla consueta eloquenza scrisse su questo argomento il CARNELUTTI (41), che per mantenere la Corte di cassazione in quell'atmosfera di serena oggettività necessaria a un consesso che deve curarsi, più che di risolvere secondo giustizia il caso concreto, di suggerire per il futuro la interpretazione teorica meglio corrispondente in astratto alla volontà del legislatore, sia singolarmente adattato il sistema del giudizio di rinvio, in forza del quale la Corte Suprema può esser lasciata, senza che il diretto contatto coi fatti ne intorbidi il lavoro, al suo puro ufficio di formulazione di massime. In secondo luogo io temo che, se si venisse a dare al giudizio di cassazione il carattere e la estensione di una terza istanza *in iure*, questa trasformazione rafforzerebbe sempre più nella opinione pubblica il convincimento che il reclamo alla Corte Suprema abbia il carattere di un rimedio ordinario in terzo grado, e produrrebbe a breve scadenza un tale aumento di lavoro per il supremo organo giurisdizionale, da portare necessariamente a quella moltiplicazione delle sezioni che bisogna a tutti i costi evitare. L'esempio della Revisione germanica è, per questo verso, istruttivo: e le voci sempre più numerose di processualisti tedeschi, i quali per liberare il Tribunale dell'Impero dal gravoso ufficio di decidere il merito delle controversie invocano che si adotti anche in Germania il sistema puramente negativo della Cassazione francese (42), dovrebbero meglio farci apprezzare i vantaggi offerti dalla ingegnosa struttura del nostro ricorso, il quale, dando al giudizio di impugnativa il carattere non di un diretto riesame della controversia ma di un controllo sulla legalità del giudicato, permette di riservare alla Suprema Corte la sola fase del *judicium rescindens*, in cui le questioni di diritto affiorano, isolate e purificate, al disopra delle complicazioni della fattispecie concreta.

A questo proposito debbo dichiarare che non riesco a comprendere come si possa conservare questa struttura di azione di annullamento che ha tradizionalmente il ricorso per cassazione, e insieme stabilire, come si legge nell'art. 261 delle proposte del MORTARA, che la sentenza di appello non passi in giudicato fino a che resti soggetta a ricorso per cassazione. In verità tutti i mezzi di impugnativa offerti dalle legislazioni processuali si possono, per la loro struttura e per il loro scopo, far rientrare sotto uno di questi due tipi: o sono istituti

---

(41) *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni nell'agricoltura* (estr. *Riv. dir. comm.*, 1919) n. 10.

(42) *Cassazione*, I, nn. 220-221; II, n. 163, pag. 440.

destinati a ritardare, in una serie di normali riesami della controversia, il formarsi della cosa giudicata (come sarebbe l'appello), o sono istituti destinati a distruggere eccezionalmente, cioè solo nei casi in cui si verifichino determinati vizî, la efficacia di giudicato che la sentenza già possiede. I primi, che tradizionalmente sono conosciuti come mezzi di impugnativa *ordinarî*, fanno sì che la sentenza del giudice *a quo* sorga sospensivamente condizionata, perché possono dar luogo a una seconda sentenza sullo stesso oggetto, la quale, anche se nel suo contenuto coincide perfettamente colla prima, si sostituisce a questa e le impedisce di passare in giudicato; i secondi, che sono invece denominati mezzi *straordinarî*, non impediscono che la sentenza acquisti quella efficacia di giudicato, la quale potrà esser distrutta solamente se nel giudizio di impugnativa si accerterà la esistenza di alcuno di quei vizî che appunto ne producono l'annullamento (43). Ora è evidente che il ricorso in cassazione, se non gli si vuol dare la struttura di un terzo grado *in iure* sull'esempio della Revisione germanica, rientra tipicamente tra i mezzi di impugnativa cosiddetti straordinarî, poiché mira ad annullare il giudicato difettoso, non a provocare un riesame del merito prima che il giudicato si formi; onde mi parrebbe giuridicamente più esatto (e politicamente più coerente allo scopo di diminuire l'eccessivo numero dei ricorsi in cassazione) stabilire con una norma esplicita, destinata a troncar le dispute dottrinarie, che la possibilità di ricorrere in cassazione o la pendenza del giudizio di cassazione non impediscono il passaggio in giudicato della sentenza d'appello.

Riterrei dunque, concludendo su questo punto, da preferirsi quel sistema che, senza attribuire alla Corte di cassazione l'ufficio, inconciliabile col suo scopo istituzionale, di decidere positivamente sul merito delle controversie, obbligasse però immediatamente il giudice di rinvio, subito dopo la prima cassazione, a conformarsi al parere della Corte Suprema sul punto di diritto da essa deciso. La indecorosa schermaglia tra la impotenza giuridica della Corte Suprema e le ribellioni di giudici di merito verrebbe in tal modo ad essere in gran parte eliminata; ed eliminata sarebbe del tutto, quando, per evitare che il giudizio di rinvio offrisse ai litiganti, coi motivi per un nuovo ricorso in cassazione, un ottimo pretesto per far risorgere magicamente la controversia dalle proprie ceneri, fossero adottate le disposizioni dell'art. 196 capoverso terzo della Proposta Chiovenda, secondo il quale « la sentenza che rinvia deve pronunciare su tutti i motivi di ricorso, in quanto ciò sia necessario per non lasciare questioni insolute

---

(43) Su questa distinzione, cfr. *Cassazione*, II, capit. VII.

nella prosecuzione della causa », e dell'art. 325 della Proposta MORTARA, secondo il quale il giudizio di rinvio dovrebbe essere trattato *a processo chiuso*, con rinnovazione della sola fase di decisione.

Se fosse accettato il sistema proposto di rendere in ogni caso obbligatoria per il giudice di rinvio la decisione della Corte di Cassazione sul punto di diritto, l'istituto delle Sezioni unite verrebbe a perdere la funzione che ha attualmente per l'art. 547 del Cod. proc. civ. nella ipotesi di secondo rinvio, ma non per questo le Sezioni unite perderebbero ogni importanza ed ogni ragion d'essere: ché anzi esse potrebbero e dovrebbero, in modo più coerente e più consapevole di quanto accada col sistema attuale, essere utilizzate per il raggiungimento di quella unificazione della giurisprudenza, che, come abbiamo detto più volte, dovrà essere lo scopo supremo e prevalente della Cassazione rinnovata.

In verità, anche se, attraverso tutte le rigorose limitazioni dei ricorsi e le semplificazioni del procedimento che si sono proposte finora, si arriverà a ridurre il lavoro della Corte Suprema in materia civile a un terzo di quello oggi esistente, non credo che la Cassazione civile potrà mai essere ridotta, come sarebbe l'ideale, a una sola sezione, sia pur composta con un numero di consiglieri superiore all'organico delle sezioni attuali; e come finora la Cassazione unica penale ha avuto bisogno per funzionare di due sezioni, così ritengo che la seconda sezione civile, provvisoriamente istituita dal r. decr. 2 dicembre 1923, dovrà inevitabilmente esser mantenuta anche nell'ordinamento definitivo della Corte Suprema. Ora, se così avverrà, è facile intendere che il contemporaneo funzionamento di due sezioni civili minaccia di riprodurre, nonostante il concentramento della Cassazione in Roma, quella disformità di giurisprudenza tra sezione e sezione, di cui hanno dato finora prova così poco confortante le sezioni penali: sicché si produrrà anche da noi, sia pure in proporzione minore, quell'inconveniente che avviene in Germania dinanzi al Tribunale dell'Impero, ove, nella ormai tradizionale disparità di opinioni tra le diverse sezioni intorno a certe questioni di massima, si sa che l'assegnazione di una domanda di revisione a una sezione piuttosto che a un'altra decide *a priori* la sorte della impugnativa.

Orbene, io, che non sono sospettabile di scarsa simpatia per l'unificazione della Cassazione, confesso francamente che se dalla tanto attesa riforma dovesse venir fuori un ordinamento il quale non riuscisse ad evitare in modo assoluto la disformità della giurisprudenza, comincerei a domandarmi se per ottener questo risultato meritava davvero spengere in quattro città italiane nobilissimi centri tradizionali di vita giudiziaria, quali erano le soppresse Cassazioni territoriali. La disformità della giurisprudenza, che si deve a tutti i costi evitare se

non si vuol che la unificazione delle Cassazioni riesca un fallimento, è, si badi bene, la disformità *nello spazio*, non la disformità *nel tempo*: che la giurisprudenza si evolva, adattandosi gradatamente al mutar dei bisogni sociali e che la Cassazione unica possa, quando lo creda conveniente, rivedere e modificare le massime già da essa in antecedenza stabilite, — questo risponde alla stessa natura del diritto, che vive e si trasforma coi tempi, e non si cristallizza in formule rigidamente invariabili. Quello che invece non si deve tollerare, se non si vuol che la unità del diritto sia frantumata, è la coesistenza *in uno stesso momento* di diversi organi giudiziarî nello Stato, ciascuno dei quali possa senza rimedio dare alla stessa norma un significato diverso in casi identici: ora, per evitare appunto che le varie sezioni della Cassazione unica riproducano quella disformità di interpretazioni nello spazio, che era finora il deplorato effetto della pluralità delle Cassazioni territoriali, non c'è altro rimedio a parer mio che quello di utilizzare in modo razionale ed efficace l'istituto delle Sezioni unite, sull'esempio di quanto è opportunamente stabilito nelle legislazioni germanica e austriaca (44). Quest'idea di utilizzare le Sezioni unite allo scopo di mantenere la uniformità della giurisprudenza (idea che è già accolta dalla nostra legislazione per le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato) (45), trova notevoli precedenti in alcuni disegni di riforma della Cassazione, specialmente in quello Taiani 1885-1886 (46), in quello pubblicato nel 1892 dal Circolo giuridico di Palermo e nel progetto inedito preparato nel 1900 dal compianto Prof. Carlo Lessona per incarico del Ministro Gianturco (47); ed è oggi accolta nell'art. 290 delle Proposte Mortara, il quale dispone che « se le sezioni ordinarie hanno deciso uno stesso punto di diritto in senso difforme, il presidente della Corte, di ufficio o su richiesta del procuratore generale o di una parte, rimette all'adunanza generale la decisione di un nuovo ricorso che riproponga la medesima questione. Le sezioni dovranno in seguito uniformarsi alla massima stabilita nell'adunanza generale, salvo che in altri casi la stessa adunanza generale abbia a modificare la propria giurisprudenza ».

Lieto che a questa idea, sostenuta anche nel mio lavoro sulla Cas-

---

(44) *Cassazione*, II, pag. 362, nota 2.

(45) Art. 37 T.U. 17 agosto 1907; ora sostituito dall'art. 13 del r. decr. 30 dicembre 1923 n. 2840: « Se le sezioni, cui è stato rimesso il ricorso, riconoscono che il punto di diritto sottoposto al loro esame ha dato luogo a precedenti decisioni in sede giurisdizionale tra loro difformi, potranno, su richiesta delle parti o di ufficio, rinviare con ordinanza la controversia all'adunanza plenaria col concorso di nove votanti ».

(46) *Cassazione*, II, pag. 419, nota 1.

(47) *Cassazione*, II, pagg. 407-408.

sazione (48), dia oggi la sua autorevole adesione il MORTARA, io credo che per la proficua attuazione della medesima sia condizione indispensabile la introduzione di disposizioni semplici e precise che permettano all'adunanza plenaria di funzionare senza macchinose complicazioni di procedura e che insieme rendano obbligatoria la convocazione della medesima in casi tassativamente previsti. Ricordiamoci che in Germania, dove pure il § 137 della legge sull'ordinamento giudiziario disciplina minuziosamente l'istituto dell'adunanza plenaria (il cosidetto *Plenum*), questa non dà i resultati che sarebbe lecito sperarne, perché, a causa delle grandi difficoltà inerenti al funzionamento di un consesso così numeroso, vi è nel Tribunale dell'Impero una specie di istintiva repugnanza a convocarlo: onde i giuristi tedeschi dicono scherzosamente che il Tribunale dell'Impero ha l'*horror pleni*. Ora, per evitare appunto che di questo *horror pleni* si ammali anche la nostra Cassazione, bisognerebbe innanzi tutto, a mio credere, istituire la pubblicazione di un *Bollettino ufficiale della Corte di Cassazione*, che registrasse in forma sicura le massime desumibili dalle decisioni della Corte, e fissasse così i punti di riferimento essenziali per poter controllare senza possibilità di dubbî l'andamento e le eventuali divergenze della suprema giurisprudenza (49). Qualcosa di simile esiste già in Austria, dove, presso la Suprema Corte di Revisione, sono tenuti due registri, uno, chiamato *Spruchrepertorium*, nel quale vengono inserite le decisioni di questioni di diritto pronunciate da singole sezioni; l'altro, chiamato *Judikatenbuch*, nel quale sono raccolte le decisioni di un consesso composto di quindici membri, che ha il nome di sezione *rinforzata*. Una singola sezione semplice, per variare la sua giurisprudenza su una massima già inserita nello *Spruchrepertorium*, deve provocare la decisione della sezione rinforzata; mentre, per variare la giurisprudenza su una massima già inserita nell'*Judikatenbuch*, occorre una decisione plenaria presa da un'assemblea di ventun componenti (50).

Più semplicemente da noi si potrebbe stabilire che, per ogni decisione pronunciata da una sezione semplice, la massima, ufficialmente redatta dallo stesso consigliere estensore o da un apposito ufficio costituito per questo nell'interno della Corte, dovesse esser pubblicata nel *Bollettino*, in quanto contenesse la risoluzione di una questione non presentatasi altra volta alla Cassazione. Ripresentandosi altra volta

---

(48) Vol. II, pagg. 442, A.

(49) Cfr. le proposte fatte nel 1892 dal Circolo giuridico di Palermo per la pubblicazione di un *Bollettino giudiziario della giurisprudenza*, in *Cassazione*, II, pag. 407, nota 2.

(50) *Cassazione*, II, pag. 362, nota 2.

al giudizio di una sezione la stessa questione che già fosse stata oggetto di una massima inserita nel *Bollettino*, la sezione decidente, se non volesse riconfermare la giurisprudenza precedente, dovrebbe d'ufficio trasmettere la decisione del ricorso alle Sezioni unite, esponendo le ragioni per le quali essa riterrebbe opportuna una variazione di giurisprudenza: e la decisione delle Sezioni unite dovrebbe anch'essa esser pubblicata sul *Bollettino*, in una speciale parte del medesimo riservata alle pronuncie plenarie. Dopodiché tutti i ricorsi nei quali fosse rimessa in questione la massima stabilita dalle Sezioni unite, dovrebbero esser portati al giudizio delle medesime, alle quali sole dovrebbe esser permesso di variare nell'avvenire la propria giurisprudenza su quel punto. È, in sostanza, il sistema proposto dal MORTARA, con queste due differenze: in primo luogo, che la registrazione delle massime nel *Bollettino ufficiale* in forma controllata dalla stessa Corte di cassazione, permetterebbe di verificare, senza le incertezze derivanti oggi dall'ambiguità con cui sono spesso redatte le massime giurisprudenziali, se le questioni sollevate dai successivi ricorsi venissero esattamente ad investire punti già decisi in precedenza; in secondo luogo, che l'intervento delle Sezioni unite non dovrebbe essere ritardato, come propone il MORTARA nel suddetto art. 290, sino a quando si fosse verificata la disformità tra due decisioni di sezione, ma dovrebbe essere provocato senz'altro, per il solo fatto che di una tale disformità vi fosse il pericolo, quando una sezione si trovasse in procinto di risolvere una questione giuridica in senso disforme da quello seguito in una decisione di sezione precedentemente registrata sul *Bollettino*. In questo modo il *Bollettino*, che diventerebbe il repertorio ufficiale di tutte le massime della Suprema Corte, conterrebbe in ogni momento, per qualsiasi questione che fosse già stata oggetto di ricorso in cassazione, *una sola risposta*, rappresentata o da una decisione di sezione che fosse stata in seguito sempre riconfermata da tutte le sezioni, o dalla più recente decisione delle Sezioni unite. La uniformità della giurisprudenza nello spazio sarebbe con ciò assicurata, senza che fosse in alcun modo esclusa, mediante successive decisioni dell'adunanza plenaria, la possibilità delle variazioni nel tempo (51).

I mezzi accennati finora riguardano soltanto la Cassazione civile; ma sarebbe facile estenderli anche alla Cassazione penale, introdu-

---

(51) Con questo non si verrebbe ad attribuire alla Corte Suprema (come pure da qualcuno è stato proposto: cfr. *Cassazione*, II, n. 129-*a*, e n. 132-*b*) il potere di interpretare in modo autentico la legge, contrariamente all'art. 73 dello Statuto. I giudici di merito resterebbero infatti liberi di interpretar la legge in senso diverso dai precedenti della Cassazione, allo scopo di provocare una nuova decisione delle Sezioni unite ed eventualmente un cambiamento di giurisprudenza.

cendo anche per essa l'istituto delle Sezioni unite penali; e il sistema potrebbe poi essere completato colla istituzione di una Suprema assemblea generale di tutte le sezioni della Corte, civili e penali, destinata a fissar la giurisprudenza *de apicibus iuris*, sulle questioni interessanti ugualmente la materia civile e quella penale (52).

10. — Allo stesso scopo al quale dovrebbe servire a mio avviso l'istituto delle Sezioni unite secondo le modalità finora accennate mira, come già osservai in principio, il recente decreto legge 22 febbraio 1924 n. 268, nelle cui premesse è espressamente dichiarato l'intento di « agevolare il compito essenziale della Corte di cassazione del regno di mantenere l'uniformità dell'indirizzo giurisprudenziale da essa segnato alle altre magistrature ». La meta è esattamente fissata e l'intento è per certo lodevole. Ma i mezzi proposti da questo decreto sono essi rispondenti all'importantissimo fine? Il decreto dispone che presso la prima presidenza e presso la procura generale della Cassazione dovranno essere addetti quattro magistrati di grado non superiore a consigliere di Corte d'appello, i quali, tre alla diretta dipendenza del primo presidente e uno alla diretta dipendenza del procuratore generale, dovranno, dice il decreto, « seguire assiduamente l'attività giurisdizionale delle varie sezioni della corte e i lavori degli uffici della procura generale, coglierne le concordanze e segnalarne prontamente le difficoltà; onde i capi e i componenti della corte di cassazione possano sempre rendersi conto delle tendenze che la giurisprudenza dell'una e dell'altra sezione vada assumendo sui varî argomenti e coordinarle per la migliore e uniforme applicazione della legge » (53).

---

(52) Cfr. sull'argomento l'articolo *Per l'uniformità della giurisprudenza*, pubblicato, a firma della Direzione, sul *Mon. trib.* del 26 aprile 1924, pag. 321, di cui ho preso visione dopo che la presente relazione era già stata redatta. Tale articolo, tanto più importante in quanto della direzione di quel periodico fa parte anche l'illustre primo Presidente della Corte di Cassazione MARIANO D'AMELIO, è veramente notevole perché dimostra quanto stia a cuore del Magistrato che è degnamente a capo della Corte Suprema il raggiungimento della unificazione della giurisprudenza: al quale scopo servono varî provvedimenti di indole interna, ai quali quell'articolo accenna, come la disposizione recentemente presa dal primo Presidente che impone ad ogni sezione di formulare nella stessa udienza la « massima » delle decisioni che possono aver carattere normativo e di trasmetterla immediatamente alla presidenza che ne cura la sollecita comunicazione a tutti i consiglieri; e come l'alternazione dei vice-presidenti nella direzione delle due sezioni civili, allo scopo di coordinarne le tendenze.

(53) Qualcosa di simile era proposto dal progetto ORLANDO, il quale stabiliva una convocazione periodica presso il Ministro della Giustizia dei capi delle Corti di Cassazione perché dessero il loro parere sulle questioni non concordemente risolute nella giurisprudenza: cfr. *Cassazione*, II, nota 2 a pag. 406.

Nella sostanza di questo provvedimento (anche se la forma induce a deplorare che si continui, dopo la scadenza dei pieni poteri, a modificare l'ordinamento giudiziario mediante decreti, nonostante l'espresso divieto dell'art. 70 dello Statuto) c'è indubbiamente del buono: la istituzione di questa specie di osservatorio della interpretazione delle leggi, affidato a quattro magistrati che dovranno essere d'ora innanzi i segnalatori di ogni oscillazione e di ogni dissidio nella giurisprudenza della Suprema Corte, potrà rendere indubbiamente preziosi servigi: anzi, se venisse approvata la mia idea di istituire il *Bollettino ufficiale* della Cassazione, si troverebbe già per esso, in questo nucleo di magistrati, il naturale e competente ufficio di redazione. Ma, mentre è sicuro che questi quattro magistrati, tutti intenti dalla mattina alla sera ad analizzare e classificare e comparare la giurisprudenza delle varie sezioni, riusciranno ad isolar colla massima precisione i punti di disformità — e questo sarà un notevole vantaggio, perché aver chiara conoscenza dei mali è già un primo passo verso la scelta dei rimedî migliori — non è altrettanto sicuro in qual modo potranno i capi e i componenti della Cassazione, avuta conoscenza delle disformità, agire efficacemente per farle cessare nell'avvenire. Su questo punto le parole del decreto mi sembrano di colore oscuro. Mi pare infatti eccessivamente ottimistico pensare che, quando tra due sezioni si è manifestata una disformità di opinione intorno a qualche grave questione di diritto, possa bastare la segnalazione del dissidio proveniente dal sullodato osservatorio per indurre una delle sezioni dissidenti a cambiare opinione *pro bono pacis*: tutte le sezioni sono composte di magistrati anziani ed autorevoli, che, prima di emettere un avviso, sono soliti meditarvi lungamente e studiare i precedenti e discuterli in camera di consiglio al momento della deliberazione; or come si può sul serio presumere che da un'opinione che è frutto di lungo studio e di serena ponderazione collegiale, magistrati degni di questo nome possano per così poco indursi volontariamente al pentimento ed alla ritrattazione? Io penso al contrario, che, se nessuna pressione verrà esercitata sulle sezioni dissidenti, ciascuna di esse, nonostante che l'osservatorio abbia fedelmente segnalato il dissidio, continuerà per l'avvenire a riaffermare il proprio punto di vista, colla sicurezza che l'errore sia dall'altra parte; e la disformità della giurisprudenza resterà allo stato cronico.

Ma assai più dannoso sarebbe il rimedio del male, se questo decreto, come qualcuno potrebbe leggere fra le linee, volesse significare che, quando tra due sezioni si manifesti una disformità di giurisprudenza, debbano il primo presidente o il procuratore generale adoprarsi per indurre nell'avvenire alla concordia le due sezioni dissidenti. Se a questo il decreto mirasse, e si volesse d'ora innanzi ufficialmente ri-

conoscere ai capi gerarchici degli ufficî della Suprema Corte il potere di sindacare la giurisprudenza delle dipendenti sezioni, e di esercitare, *fuori del collegio deliberante*, un qualsiasi influsso sulla coscienza dei componenti di una delle sezioni dissidenti, per indurli a rinnegare nell'avvenire la propria opinione e ad uniformarsi a quella seguita dall'altra sezione, gioverebbe ricordare che il rapporto gerarchico tra il capo di un organo giudiziario e i suoi componenti non può in alcun modo intaccare, in ciò che concerne il potere di decisione, la piena libertà giuridica e morale dei membri del collegio, di fronte ai quali, nel momento in cui si giudica, il presidente è soltanto un *primus inter pares*.

Non dubitiamo che a introdurre questo pericoloso sindacato gerarchico sulle decisioni della Suprema Corte, contrario a tutte le nobilissime tradizioni dell'ordine giudiziario italiano, non si sia neppur lontanamente pensato; e ci auguriamo che per l'avvenire si veda nell'istituto delle Sezioni unite l'unica via legittima per unificar la giurisprudenza delle sezioni ordinarie. Ma siamo certi altresì che, quand'anche questo decreto avesse appunto mirato a consacrar giuridicamente tale potere, il primo Magistrato d'Italia si rifiuterebbe in ogni caso di valersene (54), perché sentirebbe da sé che, al disopra della uniformità della giurisprudenza, c'è un bene più geloso da custodire: l'indipendenza della magistratura, la quale, quando amministra giustizia, non prende ordini che dalla legge e dalla propria coscienza.

---

(54) Lo dimostra il citato articolo della Direzione del *Monitore dei Tribunali*, nel quale si riprova francamente ogni espediente che, per unificare la giurisprudenza « si risolva in una menomazione della libertà dei giudici e della indipendenza della loro coscienza ». Sono notevoli a questo proposito le parole dell'attuale primo Presidente del Tribunale dell'Impero in Germania, SIMONS, il quale nell'articolo già citato scrive che « il solo sospetto che il governo potesse desiderare di esercitare sulla decisione un influsso diverso da quello che può ammettersi entro i confini del pubblico procedimento, sarebbe più dannoso che utile per la parte nel cui interesse l'influsso dovesse valere ».

XI

LA PROVA SCRITTA DELLA SCOPERTA DEL DOLO NEL GIUDIZIO DI REVOCAZIONE (*)

Questa sentenza della Corte d'appello di Firenze decide con motivazione sobria e precisa, in conformità dei più autorevoli insegnamenti della dottrina e della prevalente giurisprudenza, alcune questioni relative alle condizioni formali di ammissibilità della domanda di revocazione. Su un solo punto non crediamo di poter interamente seguire la motivazione adottata dalla Corte fiorentina: sul punto, cioè, in cui essa ragiona sui requisiti che deve avere la prova scritta del giorno della scoperta del dolo prescritta dall'art. 497 del cod. proc. civ.

È noto che per questo articolo il termine per proporre la revocazione, commisurato su quello stabilito per appellare dall'art. 485, decorre ordinariamente dal giorno della notificazione della sentenza: ma che eccezionalmente, qualora la revocazione si basi sul dolo della controparte, la decorrenza del termine si inizia — anziché dal giorno della notificazione della sentenza — da quello della scoperta del dolo.

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. I, 1924, P. II, pagg. 293-299, in nota alla sentenza della Corte d'Appello di Firenze, 5 agosto 1924, De Andreis c. Besi, così massimata: « La domanda di revocazione dev'essere dichiarata inammissibile, qualora resulti dalla quietanza che il deposito prescritto dall'art. 499 cod. proc. civ. è stato eseguito in data posteriore a quella della notificazione della domanda medesima. Proposta domanda di revocazione per uno dei titoli contemplati dall'art. 494 cod. proc. civ. è ammissibile nel corso del giudizio la deduzione di nuovi motivi per diverso titolo, a condizione che non sia decorso il termine entro il quale questi nuovi motivi avrebbero dovuto esser fatti valere in conformità dell'art. 497, qualora fossero stati proposti mediante una domanda di revocazione separata. La prova scritta, dalla quale secondo l'art. 497 deve risultare il giorno della scoperta del dolo, può desumersi da qualunque scrittura (e quindi anche da una lettera indirizzata all'attore in revocazione dal suo avvocato), purché avente data certa. È nulla la domanda di revocazione quando l'atto di citazione con cui è proposta non solo non contenga la concreta individuazione dei motivi, ma neppure la generica indicazione del *titolo* (art. 497) su cui la impugnativa si appoggia »]. [*Bibliografia*, n. 108].

Il significato di questa disposizione (il fondamento razionale della quale è analogo a quello della nota massima *contra non valentem agere non currit praescriptio*) è duplice: da una parte essa significa che, fino a quando il dolo dell'avversario non è stato scoperto, il termine dell'art. 485 non comincia a decorrere; dall'altra essa significa che, non appena è avvenuta la scoperta del dolo, la decorrenza del termine si inizia senz'altro automaticamente. Ora la prova scritta della scoperta del dolo che l'attore in revocazione deve dare per salvarsi dalla decadenza non si esaurisce nel dimostrare che in un certo giorno esso attore fosse a conoscenza di questo dolo, ma deve soprattutto mirare a dimostrare che *prima di quel giorno non ne era a conoscenza.* « Scoperta » del dolo è qualcosa di profondamente diverso dalla conoscenza del dolo; scoprire vuol dire venire a conoscere ciò che prima era occulto ed ignorato: ed è proprio la ignoranza del dolo, anteriore alla scoperta del medesimo, la circostanza che giustifica la sospensione del termine. Bastano queste osservazioni per far intendere come, nella prova scritta che l'attore in revocazione deve dare, il requisito della data certa sia essenziale: l'attore in revocazione infatti, per salvarsi dalla decadenza può avere interesse a far apparire di aver scoperto il dolo in un giorno posteriore a quello in cui in realtà lo ha scoperto ed a protrarre la sospensione del termine col far figurare di aver continuato ad ignorare ciò che in realtà egli già conosceva: occorre perciò che la prova, per essere esauriente, fissi in modo certo *la data prima della quale deve escludersi che l'attore conoscesse le circostanze in cui si è concretato il dolo dell'avversario.*

Fin qui la sentenza ha correttamente motivato: ed ha appunto dichiarato inammissibile per decadenza la seconda domanda di revocazione basata sul dolo, perché la copia di lettera prodotta dall'attore in revocazione non aveva l'indispensabile requisito della certezza della data. Ma non altrettanto correttamente ci sembra che la sentenza abbia motivato, quando ha ritenuto che la prova scritta richiesta dall'art. 497 possa consistere in qualsiasi scrittura, anche se non avente i caratteri della scrittura privata o dell'atto pubblico secondo il codice civile, e perfino in una comunicazione scritta indirizzata all'attore in revocazione dal suo avvocato!

La infondatezza di questa tesi appare evidente quando si esaminino un po' più da vicino le circostanze concrete della specie decisa. Secondo l'attore in revocazione De Andreis, il dolo sarebbe consistito in ciò: che la controparte appellante Besi avrebbe omesso intenzionalmente di produrre in appello certi documenti ch'essa aveva prodotti nel giudizio di primo grado: il procuratore dell'appellato De Andreis si sarebbe accorto di questa omissione soltanto dopo la pronuncia della sentenza di appello; e ne avrebbe allora per la prima volta informato

il proprio cliente mediante una lettera raccomandata spedita da Firenze a Padova. Nel giudizio di revocazione l'attore De Andreis produceva, come prova scritta della scoperta del dolo, la busta di questa raccomandata portante il timbro postale e una copia dattilografata (non l'originale!) della lettera speditagli dal procuratore. La Corte d'appello, decidendo sulla domanda di revocazione, ha dichiarato insufficiente la prova scritta sia perché la copia dattilografata era sprovvista d'ogni garanzia d'autenticità, sia perché la certezza della data in cui la busta era stata spedita (ammesso che il timbro postale possa servire a provar la data) non bastava a provare che entro quella busta fosse stata spedita in quel giorno proprio quella lettera di cui si produceva copia; ma con questo essa Corte d'appello ha fatto intendere che se la lettera spedita dal procuratore al cliente avesse avuto data certa e carattere di autenticità, essa sarebbe bastata a costituire quella *prova scritta* della scoperta del dolo di cui parla l'art. 497. Ora a noi sembra che questa interpretazione così elastica della disposizione dell'art. 497 venga in realtà a togliere ogni serio significato alla medesima. L'art. 497 richiede all'attore in revocazione la produzione di una « prova scritta », cioè la produzione di scritture *aventi valore probatorio del fatto in cui si concreta la scoperta del dolo*; ma, affinché le scritture prodotte abbiano valore probatorio occorre che si tratti o di atti pubblici o di scritture provenienti dalla controparte: le scritture provenienti da un terzo non hanno (salvi casi speciali che qui non ricorrono) altro valore che quello di semplici indizî, in quanto non sono altro che testimonianze stragiudiziali redatte in iscritto (cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 843). Ma, come è indubbio che sarebbe da dichiararsi inammissibile una domanda di revocazione in cui l'attore chiedesse di provare il giorno della scoperta del dolo mediante testimoni, così *a fortiori* dovrebb'essere dichiarata inammissibile una domanda di revocazione in cui la prova della scoperta del dolo si volesse desumere da scritture private provenienti da terzi, equivalenti a testimonianze stragiudiziali, ed aventi perciò un valore probatorio inferiore a quello di una testimonianza resa con le dovute garanzie dinanzi al giudice. Le conseguenze quanto mai pericolose che deriverebbero dal seguire la diversa opinione sostenuta dalla Corte d'appello appaiono in modo possiam dire... drammatico, dal caso qui deciso: se la prova scritta dell'art. 497 fosse da considerarsi esaurita con qualsiasi scrittura di qualunque terzo, l'attore in revocazione potrebbe con gran facilità farsi rilasciare non una ma dieci lettere dal suo procuratore, e costruirsi così, in famiglia, la prova scritta più completa ed esauriente. Perché non arrivare addirittura a ritenere, se si entra in quest'ordine di idee, che la prova scritta richiesta dall'art. 497 può consistere in una dichiarazione scritta proveniente dallo stesso attore in revocazione, e che le

affermazioni di parte acquistano, per il solo fatto di esser redatte in iscritto, la taumaturgica virtù di far prova *a favore* della parte da cui provengono?! In realtà, nel caso deciso dalla Corte fiorentina la lettera del procuratore al cliente, anche se avesse avuto carattere di autenticità, non sarebbe stata altro che un di quei documenti che il CARNELUTTI (*Lezioni*, II, pag. 384) chiama *testimoniali stricto sensu*: avrebbe provato la verità del fatto della dichiarazione diretta dal procuratore al cliente, non la verità dei fatti testimoniati dalla dichiarazione stessa (CARNELUTTI, *Lezioni*, III, pag. 375).

La sentenza surriportata, arrestata *in limine* delle eccezioni di inammissibilità, non ha potuto neanche delibare la fondatezza dei varî motivi di revocazione fatti valere dall'attore De Andreis: ed è un peccato, perché le si sarebbero presentate altre questioni assai interessanti, prima tra le quali la seguente: se, agli effetti della revocazione, possa considerarsi come dolo il fatto che l'appellato non abbia riprodotto in appello tutti i documenti già prodotti nel giudizio di primo grado. Riteniamo che la Corte d'appello, se avesse avuto occasione di porsi questo problema, avrebbe dovuto dargli una soluzione nettamente negativa, per due ordini di considerazioni: primo, perché il dovere dell'appellante di riprodurre in appello gli atti e i documenti del primo giudizio si intende ristretto entro i limiti dell'impugnativa; sicché se l'appellante, dopo aver sostenuto in prima istanza una tesi ed una ipotesi, abbandona in appello la ipotesi e concentra la sua difesa nella tesi, non è tenuto a riprodurre i documenti che nel primo giudizio aveva prodotto in appoggio della ipotesi; secondo perché l'unica sanzione che la legge stabilisce per la inosservanza di questo dovere da parte dell'appellante è il rigetto dell'appello senz'esame (art. 489 cod. proc. civ.). Se nel nostro caso il procuratore dell'appellato trascurò di accertare quali erano i documenti riprodotti nel secondo giudizio dalla controparte, ed omise altresì di chiedere il rigetto dell'appello senz'esame, potrà accusare sé stesso di negligenza, ma non certo l'avversario di dolo!

XII

CONCORRENZA TRA CASSAZIONE E REVOCAZIONE NEL PROCESSO CIVILE FRANCESE (*)

È noto che nel diritto francese, in conseguenza della mancata coordinazione legislativa tra le disposizioni che regolano due rimedî processuali sorti con differenti finalità in diversi momenti storici, il ricorso in cassazione e la *requête civile*, si verifica tra questi due istituti una parziale sovrapposizione, nel senso che per un certo gruppo di *errores in procedendo* le sentenze *en dernier ressort* figurano impugnabili indifferentemente coll'uno o coll'altro di questi due rimedî (cfr. la mia *Cassazione civile*, Vol. I, n. 198). Su questa singolare concorrenza di due rimedî per gli stessi motivi — concorrenza che la dottrina francese cerca di eliminare con distinzioni di casi più ingegnose che convincenti — il prof. JEAN PLASSARD, incaricato all'Università di Tolosa, ha scritto un interessante lavoro (1), il quale, per la larga conoscenza della letteratura italiana e tedesca e per l'adozione di quei criterî sistematici ai quali fino a pochi anni fa i proceduristi francesi erano restati estranei, si può annoverare tra i più proceduristi francesi erano restati estranei, si può annoverare tra i più promettenti segni del risveglio degli studî processualistici anche in Francia.

Il lavoro si divide in quattro libri: dopo una parte storica, che tratta l'origine e lo svolgimento della *requête civile* e del ricorso in cassazione (Lib. I), il problema dei motivi comuni ai due rimedi è studiato nella vigente legislazione francese (Lib. II), con un largo riassunto critico delle varie teorie che sono state proposte dalla dottrina per tentare di assegnare a ciascuno di essi un ben delimitato campo d'applicazione. Il Libro III è dedicato alla legislazione comparata: ma invece di perdersi a raccogliere notizie su tutti i codici dell'Orbe, per trarne fuori un dei consueti raffazzonati centoni da enciclopedia,

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. II, 1925, P. I, pagg. 173-176]. [*Bibliografia*, n. 124].

(1) *Des Ouvertures communes à cassation et à requête civile*, Toulouse-Paris, 1924, pagg. 359.

l'A. si è saggiamente limitato a studiare a fondo il diritto italiano e il diritto germanico: il primo, per rendersi conto dei rapporti che passano nel nostro processo tra cassazione e revocazione, il secondo per stabilire in qual modo son ripartiti i motivi di impugnativa tra la *Revision* e la *Wiederaufnahme des Verfahrens*. In questa parte, ed anche nella parte storica, — e in generale in tutti i casi in cui gli occorra di dover risalire ai principî sistematici che regolano i mezzi di impugnativa e i vizî del giudicato — l'Autore mostra di aver approfondito e utilizzato la più recente produzione della nostra scienza processualistica: a base di tutto il suo lavoro sta la distinzione fra vizio di attività e vizio di giudizio (*error in procedendo* ed *error in judicando*) qual'è enunciata nei *Principii* del CHIOVENDA; la classificazione dei vizî della sentenza e la nozione della natura dei diversi mezzi di impugnativa sono, in gran parte, derivate dalla nostra più autorevole dottrina; chi scrive queste righe dev'essere poi particolarmente grato al prof. PLASSARD per i continui riferimenti che egli fa in questo lavoro alle idee esposte nei due volumi della *Cassazione civile*.

Più originale e più interessante anche dal punto di vista della riforma italiana, è il Libro IV, di cui si può dire che gli altri siano quasi una necessaria preparazione: in questo Libro il P., prendendo in esame le concrete proposte di riforma fatte in Francia per rimediare alla lamentata mancanza di netta delimitazione fra i due istituti della cassazione e della *requête civile*, comincia dall'analizzare il progetto di revisione del *Code de procédure civile* del 1894, nel quale la sovrapposizione dei due rimedî era eliminata togliendo alla *requête civile* tutti gli *errores in procedendo*, e trasformandoli in motivi di cassazione (nullità per violazione di forme, violazione del giudicato, mancata comunicazione al ministero pubblico, *extra petita*, *ultra petita*, omessa pronuncia, contraddittorietà di disposizioni): questi ultimi quattro vizî potevano anche dar luogo a semplice correzione (*rectification*), qualora fossero stati causati da « *erreur involontaire du juge* ». La *requête civile* (alla quale veniva dato il nome di *revision*) assumeva così una più netta fisionomia di *restitutio in integrum* per errore di fatto, coll'aggiunta di qualche altro motivo non contrastante con questo carattere (falso giuramento; sconfessione del procuratore). Sulla stessa linea di proposte si mantiene il progetto 1922 per la introduzione delle leggi di procedura francese in Alsazia Lorena (cfr. CHÈRON, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1923, pag. 347 e segg.): colla sola differenza che la violazione del giudicato resta come motivo di *requête civile*, e che gli altri motivi per l'esperimento di questa impugnativa sono definiti in modo più largo, corrispondente al § 580 della *CPO* germanica (così, all'ipotesi del falso giuramento, è equiparata quella della falsa testimonianza o della falsa perizia; ed è aggiunto il caso dell'annulla-

mento della sentenza penale che abbia eventualmente servito di base alla decisione civile).

Dopo aver diligentemente analizzato le proposte contenute in questi due progetti, il P., nell'ultimo capitolo del volume, espone il suo punto di vista personale nel problema della concorrenza tra cassazione e *requête civile*. Il riordinamento dei mezzi di impugnativa proposto dal prof. PLASSARD (e consacrato anche in uno schema di articoli a pagg. 335 e seguenti) sarebbe, per sommi capi, il seguente: mentre i progetti del 1894 e del 1922 partono dal principio di trasferire al ricorso per cassazione tutti gli *errores in procedendo* che attualmente danno adito alla *requête civile*, il P. giustamente considera che, se si vuol mantenere alla Corte di Cassazione l'ufficio, per cui essa è stata istituita, di assicurare l'unità della giurisprudenza, bisogna cercare di alleggerirla per quanto è possibile di tutti quei ricorsi che non rispondano a questo ufficio, cioè di tutti i ricorsi basati su semplici *errores in procedendo*. Il solo errore di diritto *in judicando* (*non application, fausse application ou fausse interprétation de la loi*) dev'essere, in principio, riservato alla Cassazione: a questo motivo il P. aggiunge la incompetenza e l'eccesso di potere, la mancanza di motivazione, e la violazione del giudicato, quando l'eccezione di cosa giudicata sia stata sollevata dinanzi al giudice di merito. Tutti gli altri *errores in procedendo*, che attualmente possono dar luogo a ricorso in cassazione, sono dal P. considerati come motivi di *requête civile*, a condizione che essi resultino da un errore involontario del giudice; se invece questi vizî non appaiono causati da errore involontario, il P. propone che essi diano luogo a un nuovo rimedio, denominato *recours en annulation*, proponibile al giudice gerarchicamente superiore a quello che ha emanato la sentenza impugnata. La rettificazione viene ristretta ai soli casi di errori materiali di scrittura o di calcolo, e può essere adoperata per chieder la interpretazione di disposizioni ambigue.

Queste proposte del prof. PLASSARD mi sembrano meritevoli di seria considerazione, anche per ciò che riguarda la imminente riforma del processo civile italiano. Plaudo di gran cuore all'idea — all'attuazione della quale è condizionato anche in Italia il buon funzionamento della Cassazione unica — di riservare il ricorso in cassazione a quei soli vizî che mettono in pericolo l'uniformità della giurisprudenza, cioè agli errori di diritto *in judicando*: credo però che si dovrebbe arrivare su questa via anche a escludere dai motivi di cassazione la violazione del giudicato e la mancanza di motivazione, sia perché per entrambi si tratta di veri e proprî *errores in procedendo*, sia perché tutti sanno, per il secondo, quale pericolosa istigazione a sconfinar nel campo del fatto possa diventar nella pratica il ricorso per difetto di motivazione. Un passo verso una maggiore chiarezza di distinzione

fra istituti diversi, finora sovrapposti e confusi, mi sembra la proposta di risuscitare il vecchio istituto della *querela nullitatis*, sotto la denominazione di *recours en annulation*; credo però teoricamente errato e praticamente pericoloso, per le dispute giurisprudenziali alle quali indubbiamente darebbe luogo, il considerare gli stessi vizî ora come motivi di *requête civile* ora come motivi di *recours en annulation*, secondoché l'errore del giudice sia stato o non volontario. Assai meglio sarebbe, a parer mio, riservare alla *requête civile* una funzione prettamente restitutoria, come trovasi proposto nei progetti del 1894 e del 1922, e istituire per tutti gli *errores in procedendo*, volontarî o involontarî che sieno, un'unica impugnativa avente la struttura della querela di nullità del diritto comune. Resterebbe poi da decidere se questa impugnativa per nullità fosse più conveniente portarla al giudice superiore ovvero allo stesso giudice *a quo*; ambedue le forme, com'è noto, hanno abbondanti precedenti nella storia del processo italiano; per parte mia, sarei favorevole a portarla in ogni caso al giudice *a quo*, perché mi sembra che il pericolo di imbattersi in un giudice poco disposto a riconoscere l'errore da lui stesso commesso funzionerebbe da freno contro le impugnative infondate e sarebbe d'altra parte compensato ad usura dalla maggiore semplicità del procedimento.

XIII

MASSIME DI ESPERIENZA IN CASSAZIONE. RIGETTO DEL RICORSO A FAVORE DEL RICORRENTE (*)

La sentenza surriferita della Corte di cassazione è interessante non tanto per le questioni di diritto sostanziale in essa appena sfiorate (interpretazione degli articoli 1529, 1530 e 1533 cod. civ., in relazione alla nozione di « giusto prezzo » di un immobile, agli effetti dell'azione di rescissione per lesione enorme), quanto per le considerazioni colle quali la Corte ha giustificato dal punto di vista processuale il rigetto del ricorso, pur ritenendo, all'inizio della sua motivazione in diritto, che « le censure del ricorrente fossero sotto un certo aspetto giustificate ». Queste considerazioni sono interessanti, perché ci permettono di cogliere e di studiare la portata e la struttura del ricorso in cassazione sotto un profilo in pratica meno visibile, di cui la fattispecie qui decisa offre un esempio tanto più prezioso quanto più raro.

1. — È innanzi tutto degno di meditazione il proemio della motivazione in diritto, nel quale è detto che « tutto l'equivoco del ricorso « si fonda sull'errato assunto che la inosservanza di certe massime di « esperienza e di certi criteri pratici adottati nelle perizie costituisca « violazione delle norme di legge che il giudice è tenuto ad osservare ».

Fa piacere leggere una decisione della Suprema Corte che ragiona intorno alle « massime di esperienza », riconoscendo così il diritto di cittadinanza anche nel campo della giurisprudenza pratica a questa nozione che fino a poco tempo fa è stata da noi quasi esclusivamente

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. IV, 1927, p. II, pagg. 126-134, in nota alla sentenza della Corte di cassazione, 9 novembre 1926, De Nora c. D'Acciò e altri. Riportiamo la massima: « L'errore commesso dal giudice di merito nel suggerire al perito le massime di esperienza e i criteri pratici secondo i quali la perizia deve esser eseguita, non è equiparabile, agli effetti della cassazione, all'errore di diritto. Il perito, al quale il giudice di merito abbia suggerito i criteri tecnici da seguire nell'esecuzione della perizia, non è vincolato da tali suggerimenti »]. [*Bibliografia*, n. 144].

dottrinaria; ed anche penso che sarebbe da approvarsi il principio posto intorno al riesame di queste massime in sede di cassazione, se quel principio potesse considerarsi isolatamente e non in relazione alla fattispecie qui decisa.

Io non condivido l'insegnamento del CHIOVENDA (e per questo dico che astrattamente approvo la massima qui posta dalla Corte Suprema) secondo il quale anche il giudizio di fatto può in ogni caso esser censurato in cassazione nelle sue premesse generali costituite da massime d'esperienza (*Principii*, pag. 1028): ho sempre ritenuto, infatti, che, dovendo il ricorso in cassazione per *errores in judicando* essere strettamente contenuto nei limiti di quelle sole questioni « dalla cui corretta risoluzione possa derivare, anche fuori della concreta controversia in occasione della quale son sorte, un influsso regolatore sulla futura interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo » (*Cassazione*, II, n. 121, pag. 366), l'errore intorno ad una massima di esperienza non sia *di per sé stesso* equiparabile, agli effetti della cassazione, all'errore intorno ad una massima di esperienza, giacché lo Stato non ha, parallelo all'interesse alla esatta interpretazione delle norme giuridiche, un interesse alla esatta ed uniforme interpretazione delle massime di esperienza.

Tuttavia non bisogna dimenticare che delle massime di esperienza, di questo prezioso *tertium genus* logico che costituisce nella motivazione della sentenza il tessuto connettivo tra i fatti e le norme giuridiche, il giudice può servirsi in diversi momenti del suo ragionamento: esse possono servirgli a valutare i resultati delle prove o ad interpretare il significato di una dichiarazione di volontà emessa dalle parti, con efficacia ristretta entro l'ambito della *quaestio facti*: ovvero possono essere adoprate dal giudice come mezzo per interpretare il significato tecnico di certe espressioni della legge o per meglio stabilire le relazioni che passano tra la legge e il fatto, ed allora esse rientrano nel dominio della *quaestio juris*. Ciò premesso, non vi ha dubbio, a mio parere, che la inosservanza di una massima di esperienza non costituisca motivo di cassazione, tutte le volte in cui tale inosservanza sia stata commessa dal giudice in relazione alla questione di fatto: se nel valutare le risposte contraddittorie di diversi testimoni di diversa età, il giudice afferma che i vecchi sono meno soggetti dei giovani a indebolimenti della memoria, cadrà con ciò in un di quegli errori contro la comune esperienza, che la pratica si sforza di far passare sotto la qualifica di « difetti di motivazione », ma non certamente in uno di quegli *errores in judicando* che possono dar luogo a cassazione per l'art. 517, n. 3. Ma, se viceversa, il giudice erra contro una massima di esperienza che dovrebbe servirgli a meglio intendere la portata generale o speciale della norma giuridica da applicare al fatto, in tal

caso l'errore contro la massima di esperienza equivale, per ogni effetto, ad un errore di diritto. Se, dovendo interpretar l'art. 552 del codice civile, il quale parla del collocamento nel muro comune di « chiavi, capichiavi e bolzoni », il giudice erra nello stabilire il significato tecnico di questi vocaboli e mostra di ignorare quale sia la differenza che passa tra di essi nell'uso dell'arte edilizia, egli non commette soltanto un errore tecnico, ma commette soprattutto un errore giuridico; se il giudice, dovendo stabilire che cosa abbia inteso di dire il legislatore colla parola « esplodenti » adoprata nell'art. 468 cod. penale, adotta criterî non corrispondenti a quelli suggeriti dalla tecnica delle materie esplosive, egli cade in un'erronea interpretazione di legge, perché fa dire al legislatore (a meno che si dimostri che lo stesso legislatore abbia adoprato la parola in un senso tecnicamente sbagliato) quello che il legislatore non può aver voluto dire.

A maggior ragione l'errore contro l'esperienza si riduce ad un errore di diritto tutte le volte in cui il giudice abbia errato nel determinare in concreto il significato di quelle espressioni vaghe ed elastiche che la legge talvolta volutamente adopra per designare concetti, il cui contenuto concreto, soggetto a variare coll'evolversi della società, è bene sia di volta in volta determinato dall'interprete secondo le idee prevalenti nel tempo in cui giudica (per es. il concetto di « colpa », di « diligenza del buon padre di famiglia » ecc.). Nella determinazione di tali concetti (dal compianto Polacco efficacemente chiamati gli « organi respiratorii » che consentono al diritto codificato « di alimentarsi di sempre nuovo ossigeno, sì che si adatti con sufficiente elasticità e rapidità il ricambio al variare dell'atmosfera che lo circonda »), ogni erronea applicazione di massime di esperienza si risolve in un'erronea interpretazione di quel concetto giuridico che si tratta di concretare: né può in casi simili l'errore contro l'esperienza esser sottratto al riesame della Corte regolatrice della giurisprudenza, giacché la necessità pratica di conseguire la uguaglianza e la certezza del diritto attraverso una uniforme giurisprudenza si manifesta in grado superlativo proprio in questi casi in cui, per la miglior formulazione di alcuni concetti giuridici, il legislatore volutamente si è rimesso alla cooperazione del giudice (cfr. la mia *Cassazione*, II, n. 39).

Dalle osservazioni fatte finora discende, se non erro, una conseguenza assai ovvia: che, cioè, il principio, posto dalla Corte Suprema nella surriferita decisione, per cui « la inosservanza di certe massime di esperienza e di certi criterî pratici adottati nelle perizie » non sarebbe equiparabile in sede di cassazione alla violazione di legge, non è esatto, tutte le volte in cui il perito è chiamato ad integrare col sussidio della tecnica il contenuto di una norma giuridica e a determinare il significato di una espressione di cui il legislatore ha affidato

all'interprete la esatta formulazione concreta. Il caso qui deciso dalla Corte Suprema rientrava proprio in questa ipotesi: il Tribunale di Bari, in seguito a una perizia giudiziale, aveva accolto la domanda di rescissione di una compravendita immobiliare; la Corte d'Appello aveva riformato la prima sentenza, ritenendo che i criterî di stima adoprati dal perito per determinare il « giusto prezzo » dell'immobile fossero erronei, ed aveva ordinato una nuova perizia, indicando al nuovo perito i criterî secondo i quali essa riteneva che la stima dovesse esser condotta. Poteva la eventuale inesattezza di tali criterî dettati dalla Corte di merito esser denunciata in cassazione per il motivo di errore di diritto?

La Suprema Corte ha ritenuto di no; ma io, se sono esatte le precedenti considerazioni riterrei modestamente di sì, perché mi pare che nel nostro caso ogni erronea determinazione dei criterî tecnici, imposti al perito per stabilire il giusto prezzo dell'immobile in questione, si risolveva in un'erronea interpretazione di quel concetto di « giusto prezzo », che è un concetto essenzialmente giuridico. Per determinare il giusto prezzo di un immobile, aveva osservato la Corte d'appello, non si deve seguire il metodo di stima detto « del valore composto », ma piuttosto quello consistente nella comparazione con altre vendite immobiliari concluse nelle stesse condizioni di tempo e di luogo; il valore si deve desumere dalla capitalizzazione dei fitti quali erano al momento della vendita avvenuta in regime vincolistico, non quali sarebbero stati in condizioni normali; un terreno adibito a giardino non si può considerare fabbricabile; e così via. È evidente, mi pare, che ciascuna di queste erronee proposizioni (e che fossero in gran parte erronee sembrò alla stessa Suprema Corte, come si intende leggendone la motivazione) costituiva una violazione degli artt. 1529 e 1530 cod. civile, in quanto, accreditando criterî di stima che la tecnica ritiene inadeguati a determinare il giusto prezzo di un immobile, veniva in realtà a dare in concreto al concetto di « giusto prezzo » e di « valore al tempo della vendita », adoprati dagli artt. 1529 e 1530, un contenuto diverso da quello voluto dal legislatore.

Per vedere come nel caso nostro si fosse in presenza di vere e proprie violazioni di legge denunciabili in cassazione, bisogna portare il ragionamento fatto dalla Corte Suprema fino alle sue estreme conseguenze: se, ad esempio, il giudice di merito avesse dichiarato nella sentenza che « il giusto prezzo di un immobile, di cui parla l'art. 1529 « cod. civile, è quello che si ottiene col rimettersi alla sorte dei dadi », sarebbe con ciò caduto in un errore di diritto denunciabile in Cassazione? Io crederei sommessamente di sì; ma credo anche che, seguendo la massima posta dalla Corte Suprema nella sua surriportata sentenza, si dovrebbe logicamente ritenere di no!

2. — Mi sembra del resto che la motivazione colla quale la Corte Suprema ha respinto il ricorso sia la miglior riprova della esattezza di quanto io dico. Il Supremo Consesso ha in fatti così perfettamente sentito che le argomentazioni della sentenza denunciata non potevano sottrarsi al suo riesame, che, pur respingendo il ricorso, ha trovato modo nella motivazione di dichiarar fondate quasi tutte le censure sulle quali il ricorso si basava: venendo in tal modo ad accogliere sostanzialmente il ricorso che formalmente ha rigettato.

È interessante seguire nella decisione surriportata le considerazioni attraverso le quali la Corte Suprema è riuscita abilmente a conseguire il duplice scopo di tener ferma la sentenza denunciata e di impedire nel contempo che gli errori in essa contenuti potessero farsi sentire ai danni della giustizia nel proseguimento del giudizio di merito. La sentenza denunciata era, come abbiamo detto, una sentenza interlocutoria che ammetteva una nuova perizia, dettando al nuovo perito criterî di stima indubbiamente inesatti ed erronei. La Corte Suprema non ha negato, in sostanza, che questi criterî fossero erronei: anzi lo ha esplicitamente riconosciuto con questa chiarissima frase introduttiva: « osserva che, sebbene le censure dal ricorrente siano sotto un certo aspetto giustificate, però il ricorso non può trovare accoglimento *in questa sede* ». Ma pur riconoscendo la inesattezza dei criterî di stima dettati dal giudice di merito, la Corte Suprema ha ritenuto che il nuovo perito possa rimaner « libero di fare la sua relazione secondo la sua scienza e coscienza, come libera rimarrà la Corte del merito nel suo definitivo esame degli elementi di causa »; e che quindi non ci sia bisogno, per evitare che la nuova perizia nasca viziata dagli stessi errori contenuti nella sentenza interlocutoria del giudice di appello, di annullare questa sentenza, dato che il nuovo perito, libero di seguire nella stima i criterî che riterrà tecnicamente più esatti, sarà libero anche di non uniformarsi ai suggerimenti datigli dalla Corte d'appello e di ricordarsi (par di leggerlo tra le righe!) che la Corte di cassazione, pur respingendo il ricorso, è riuscita ugualmente a dichiarare erronei tali suggerimenti. In tal modo, conclude la Corte Suprema, « *con questi schiarimenti che in fondo non sono stati inutilmente provocati dal ricorrente*, la sentenza denunziata deve esser confermata ».

Così la Corte Suprema è riuscita, forse più efficacemente e certo più sollecitamente che coll'annullamento, ad esercitare un influsso positivo sull'ulteriore svolgimento del giudizio di merito. È appunto sotto questo profilo che il caso, come dicevo all'inizio di questa nota, si presenta particolarmente interessante. Quando si dice che le decisioni della Cassazione hanno, fuor del caso del secondo annullamento per gli stessi motivi (art. 547 capov. cod. proc. civ.), un'efficacia meramente *negativa*, si dimentica che nella pratica assai volte, anzi il più delle

volte, la decisione della Suprema Corte, quantunque formalmente limitata a distruggere senza ricostruire, costituisce *di fatto* la base su cui il giudice di merito fedelmente riedifica la nuova sentenza. Ora può accadere che questa efficacia *positiva* della pronuncia della Suprema Corte si faccia sentire a favore del ricorrente *perfino nei casi in cui il ricorso sia respinto*: un di questi casi è appunto quello qui posto in luce, nel quale è prevedibile che l'ulteriore svolgimento e l'esito definitivo del giudizio di merito sarebbero stati diversi, se la Corte di cassazione non avesse, colla sua decisione di rigetto, sconfessato sostanzialmente la motivazione della sentenza della Corte di merito, o non avesse con ciò agli erronei suggerimenti di questa sovrapposto e sostituito altri suggerimenti giuridicamente esatti, dei quali il perito non potrà non tener conto nel procedere alla nuova stima.

Si ha qui dunque un notevole esempio (già accennato nel mio scritto *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, 246) di cooperazione della Suprema Corte alla formazione della sentenza definitiva del merito, nella forma elegante ed economica di « schiarimenti » alla motivazione della sentenza interlocutoria: che in tal caso il rigetto del ricorso non sia stato una sconfitta del ricorrente, è dimostrato praticamente dal fatto che la stessa Suprema Corte ha creduto conveniente compensare le spese.

XIV

L'APPELLO CONTRO LE DECISIONI DEI PROBIVIRI E LA NUOVA LEGGE 3 APRILE 1926, N. 563 (*)

Segnaliamo ai lettori questa decisione, interessante non solo perché è la prima pronunciata dalla nostra Corte d'appello in funzione di Magistratura del lavoro, ma anche perché risolve per la prima volta una non facile questione di interpretazione e di coordinamento degli artt. 13 e 23 della legge 3 aprile 1926, n. 563 e 100 del regolamento 1° luglio 1926, n. 1130.

È noto che, per l'ultimo capoverso dell'art. 13, la Magistratura del Lavoro, oltreché competenza di primo grado su tutte le controversie relative alla disciplina dei rapporti *collettivi* del lavoro, ha anche competenza di secondo grado sulle controversie in materia di contratti *individuali* di lavoro, decise in primo grado dai collegi probivirali. L'art. 23 della stessa legge avvertiva però che per la sua attuazione e per il suo coordinamento colla legislazione del lavoro già esistente (tra cui la legge 15 giugno 1893, n. 295 sui Probiviri) sarebbero state emanate dal Governo, mediante decreto, le necessarie disposizioni: ed uno dei punti sui quali si attendeva il chiarimento delle norme di attuazione era proprio quello della disciplina della competenza di secondo grado: « quest'ultimo punto — si legge nella Relazione dell'Ufficio centrale del Senato a proposito dell'ultimo capoverso dell'art. 13, — merita an-

---

(*) [Pubblicato in *Il Foro toscano*, a. II, 1927, pagg. 293-294, in nota alla sentenza della Corte d'Appello di Firenze, 28 giugno 1927, Favi c. Poggiolesi, così massimata: « L'art. 13 della legge 3 aprile 1926, n. 563, in quanto dispone che l'appello contro le decisioni dei probiviri è devoluto alla Corte d'appello funzionante come magistratura del lavoro, ha abrogato l'art. 11 della legge 15 giugno 1893, n. 295 sui probiviri, per il quale le decisioni suddette erano soggette ad appello, per motivo di incompetenza o di eccesso di potere, dinanzi al pretore o al tribunale del territorio. Il riesame della Magistratura del lavoro come giudice di secondo grado contro le sentenze dei Probiviri si limita ai soli motivi di incompetenza ed eccesso di potere e non può estendersi al merito »]. [*Bibliografia*, n. 146].

cora uno studio ulteriore, e « in genere questa materia va soggetta a revisione e coordinamento, ciò che prescrive esplicitamente il secondo comma dell'art. 23 ».

Ma il regolamento d'attuazione del 1° luglio 1926 non contiene nessuna disposizione integrativa e chiarificatrice sulla estensione di questa competenza di secondo grado della Magistratura del lavoro; e gli artt. 61-91, che hanno contenuto schiettamente processuale, si riferiscono soltanto alle controversie collettive. D'altra parte l'art. 100 stabilisce che « fino a che non siano emanate le norme di coordinamento previste dall'art. 23 della legge 3 aprile 1926, nulla è innovato circa la competenza del collegio dei probiviri ».

Si deve perciò ritenere che la competenza di secondo grado della Magistratura del Lavoro nelle controversie individuali debba intendersi tuttora sospesa, in attesa di quelle norme di coordinamento preannunciate dall'art. 100? La nostra Corte d'Appello ha deciso di no: e, tutto considerato, mi pare che abbia deciso bene.

Certo, poiché i Probiviri sono una giurisdizione di equità, le cui decisioni erano finora impugnabili dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria per i soli motivi di incompetenza ed eccesso di potere, pareva logico che il trasferimento della competenza d'appello alla Magistratura del lavoro — anch'essa giudice di equità e per questo composta di giuristi e di tecnici — doveva significare ampliamento dell'impugnativa e trasformazione del reclamo per incompetenza ed eccesso di potere (avente il nome di appello ma la sostanza di una *querela nullitatis*) in un vero e proprio appello con riesame nel merito del giudizio equitativo fatto dai primi giudici. Ma a queste considerazioni toglie ogni valore lo stesso art. 13 della legge, il quale (coll'inciso « in quanto siano appellabili secondo le leggi vigenti ») chiaramente manifesta la volontà del legislatore di mantenere dinanzi alla Magistratura del lavoro il reclamo contro le decisioni dei Probiviri cogli stessi caratteri e negli stessi limiti che aveva secondo la legge del 1893 il reclamo al Pretore o al Tribunale.

D'altra parte mi pare che la questione sia risolta in modo che non ammette replica dall'art. 23 della legge, secondo il quale « sono abrogate tutte le disposizioni contrarie alla presente legge »: poiché l'ultimo capoverso dell'art. 13 è evidentemente contrario all'art. 11 della legge 15 giugno 1893, quest'ultimo deve intendersi abrogato, e la competenza della Magistratura del lavoro deve ritenersi senz'altro in vigore anche per le controversie individuali in secondo grado.

Che non esistano speciali norme di procedimento per l'esercizio di tale competenza di secondo grado, questo può essere un inconveniente, ma (come dimostra col fatto la sentenza qui annotata) non è ostacolo che impedisca assolutamente il suo funzionamento.

Non si può per altro tacere come sia augurabile che vengano in proposito esaurienti e sollecite norme di coordinamento. Sembra un inutile dispendio di energie il mettere in movimento per controversie individuali, aventi un valore di poche centinaia di lire, un collegio complicato come la Magistratura del lavoro, appositamente costituito, coll'intervento dei tecnici e del Pubblico Ministero, per far decidere conflitti collettivi di vasta risonanza sociale; e soprattutto non si riesce a capire qual contributo portino in questo caso quei valentuomini dei tecnici, in un giudizio in cui si tratta soltanto di decidere sulla esistenza di un vizio di incompetenza o di eccesso di potere, cioè su una questione squisitamente giuridica che può essere intesa solo dai magistrati togati!

XV

FONTE DELLA SCOPERTA E PROVA DELLA SCOPERTA DEL DOLO NELLA REVOCAZIONE (*)

1. — Sulla portata pratica della disposizione dell'art. 497 Cod. proc. civ., secondo la quale il termine per proporre la revocazione per dolo decorre dal giorno in cui il dolo è stato scoperto, « purché vi sia prova *scritta* da cui risulti *il giorno della scoperta* », non mi pare che si abbiano, nella nostra dottrina, idee molto precise né sopra tutto idee molto aderenti alle possibilità della pratica. Si ripete da tutti gli autori (lo vedremo meglio tra poco) che altro è la prova del dolo ed altro la prova del giorno della scoperta; che scoperta vuol dire certezza e non semplice sospetto; che la prova della scoperta può essere data con qualunque scrittura purché avente data certa. Ma, di fronte a questi che ormai possono dirsi luoghi comuni, la pratica giudiziaria offre alla meditazione dei teorici questo costante fenomeno: che le domande di revocazione basate sul motivo del dolo vanno nella loro grandissima maggioranza ad infrangersi, prima di ogni esame sulla fondatezza della impugnativa, sullo scoglio della prova scritta; sicché, per quanti sforzi la dottrina faccia per attenuare il rigore di questo requisito e per limitarne la portata, sembra che i giudici da questi insegnamenti della dottrina abbiano distillato una sola verità pratica: che non è possibile in nessun caso dare la prova scritta richiesta dall'art. 497, e che quindi le domande di revocazione per dolo debbono tutte quante, per questa ragione preliminare, essere *a priori* dichiarate inammissibili. In realtà, basta uno sguardo alla giurisprudenza per accorgersi che, mentre sono assai numerosi i giudicati i quali ci dicono quello che la prova scritta richiesta dall'art. 497 *non è*, rarissimi sono al contrario quelli che diano elementi positivi per dirci in che essa deve consistere.

A tale ricerca credo che possano giovare alcune osservazioni sulla

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. V, 1928, P. II, pp. 249-265; ristampato in *Studi*, II, pp. 389-407]. [*Bibliografia*, n. 156]

fattispecie decisa dalla Corte Suprema nella sentenza surriportata; nella quale è specialmente interessante la seconda massima, razionalmente desumibile da un accenno contenuto nella motivazione.

2. — Dinanzi al Tribunale e poi dinanzi alla Corte di Appello di Firenze, A, premettendo che B si era contrattualmente obbligato a vendergli una certa quantità di pezze di stoffa (da B a tale scopo ordinate a C fabbricante di tessuti), afferma che B è inadempiente e ne chiede la condanna ai danni. B nega l'esistenza del contratto. Si svolge allora su questo punto una prova testimoniale, chiesta da A, nella quale due testimoni, X ed Y, indotti da A, vengono ad affermare concordemente di avere un giorno accompagnato A alla fabbrica di C, e di aver assistito a un colloquio svoltosi tra A e C, titolare della ditta, nel quale quest'ultimo ha esplicitamente dichiarato di aver ricevuto da B l'ordinazione delle pezze di stoffa da consegnare ad A. In base a queste testimonianze, i giudici di merito ritengono provata la esistenza del contratto, e, dichiarata la risoluzione per colpa di B, condannano questo ai danni per la inadempienza.

Frattanto B, che conosce personalmente C fabbricante della stoffa, si volge a lui per sapere quanto vi sia di vero nell'episodio riferito dai testimoni: e C risponde che il preteso colloquio tra lui e A, al quale avrebbero assistito X ed Y, *non ha mai avuto luogo*. In seguito a tale risposta, B denuncia X ed Y per falsa testimonianza, riservandosi, ove le resultanze dell'istruttoria penale facciano ritenere la colpevolezza dei due testimoni, di agire in revocazione contro la sentenza di condanna ai danni. La lunga istruttoria termina con sentenza di proscioglimento: in quanto, pur resultando che le testimonianze erano oggettivamente false e che il colloquio tra A e C non aveva mai avuto luogo, resta accertato che X ed Y avevano in realtà assistito a un colloquio, che A aveva avuto, non già con C (titolare della ditta e quindi unico in grado di dire se B aveva dato l'ordinazione della stoffa), ma con altra persona *che A aveva presentato ad X e Y sotto il falso nome di C.*

Dalla lettura della sentenza istruttoria B trasse la convinzione che, se erano in buona fede i testimoni i quali avevano creduto che la persona ad essi presentata fosse C, restava però con questo provato il dolo di A, il quale, servendosi di questo scambio di persona, aveva indotto X ed Y in errore ed aveva quindi provocato la loro falsa deposizione: e presentò perciò domanda di revocazione basata sul dolo della controparte, entro il termine di trenta giorni decorrente dalla scoperta del dolo, cioè dal giorno in cui egli aveva preso notizia della sentenza istruttoria, la quale gli aveva rivelato che X ed Y erano in buona fede e che era in dolo A.

La Corte d'Appello di Firenze con sentenza 17-25 maggio 1926,

dichiarò inammissibile la domanda di revocazione perché presentata quando il termine stabilito dell'art. 497 era già scaduto: infatti, pur non negando « che attraverso la lettura degli atti della detta istruttoria « si giunga alla conoscenza del fatto in cui si concreterebbe, secondo « gli apprezzamenti di B, il dolo del quale A si sarebbe reso respon- « sabile », ritenne che la prova data dal ricorrente non equivalesse alla prova scritta della scoperta del dolo richiesta dall'art. 497, per due ragioni: 1°) « perché non era escluso che B alla conoscenza del « dolo di A potesse esser giunto anche attraverso le dichiarazioni extra- « istruttoriali degli stessi testimoni esaminati dal giudice, essendo ri- « saputo che il secreto, a cui sono soggette le istruttorie penali, non « importa l'obbligo dei testimoni o degli imputati o dei denuncianti o « querelanti di tacere le cose da essi dichiarate alla presenza del giu- « dice inquirente »; 2°) perché « anche altre persone, oltre quelle in- « tervenute nella istruttoria, potevano essere informate delle circostanze « dalle quali B crede poter desumere il preteso dolo di A, e vi erano « perciò narratori per i quali non esisteva neppure quella remora « contro la loquacità che alcuni rari testimoni ufficiali volontariamente « si impongono ».

Contro la sentenza della Corte d'Appello B ricorse in cassazione, e la Suprema Corte, pur rigettando il ricorso perché ritenne che la sentenza denunciata si reggesse anche su considerazioni di fatto non censurabili in cassazione, riprovò peraltro tale argomentazione, con queste parole: « Al secondo motivo del ricorso hanno indubbiamente « dato occasione alcune premesse della Corte di Appello, che non si « ravvisano esatte giuridicamente, e che non erano poi opportune. A « che vale il dire che del resultato d'una istruttoria penale sia ben « possibile avere una qualche conoscenza anche prima che il giudice « abbia data la sua decisione? Codesta possibilità non può certo con- « fondersi con la certezza. Ma a che poteva servire quell'affermazione, « quando subito dopo la Corte afferma in via di assoluta sicurezza, « che B aveva conoscenza del voluto inganno fin dal luglio del 1923? « Le parole su ricordate, dunque, come parole inutili vanno eliminate, « senza che la eliminazione menomi la bontà della decisione presa ». Ed è da rimpiangere che la Suprema Corte non abbia potuto, di fronte ad altre considerazioni che hanno consigliato il rigetto del ricorso, approfondire questa questione, che è qui passata in seconda linea per motivi pratici, ma resta tuttavia la più nuova e interessante di tutta la causa.

3. — Il principio riaffermato dalla Corte Suprema colla prima massima — che la prova *del giorno della scoperta* del dolo, la quale, secondo l'art. 497 Cod. proc. civ. deve essere data per iscritto, non

debba andar confusa colla prova *del dolo*, che può esser data con qualunque mezzo (1) — è ormai *jus receptum* (2). La opinione, affacciata forse dal MATTIROLO (3) e recentemente ripresa dal LIPARI (4), secondo la quale la prova scritta della scoperta del dolo si potrebbe conseguire soltanto mediante la scoperta della prova scritta del dolo, si presenta a primo aspetto piuttosto come un curioso giuoco di parole, buono per qualche enigmista che si diletti di anagrammi, che come una interpretazione giuridica seriamente difendibile; alla quale è troppo facile opporre non solo l'argomento letterale chiaramente scaturente dall'art. 497, ma altresì l'argomento razionale desunto dallo scopo di questa disposizione, la quale non vuol certo render più difficile, e in molti casi impossibile, la dimostrazione del dolo (di cui quasi mai è possibile aver la prova scritta), ma vuol esser soltanto, come ben dice la sentenza surriportata, « garanzia della perentorietà del termine » per agire in revocazione. La decorrenza del termine per chieder la revocazione resta sospesa, finché dura nella parte la ignoranza del dolo avversario, che la mette nella materiale impossibilità di agire per un motivo ad essa sconosciuto; ma quando questa ignoranza cessa, cessa anche quella impossibilità di agire che finora giustificava la sua inerzia, e si inizia da quel momento, colla conoscenza del motivo di impugnativa, la decorrenza del termine, come accade anche per altre azioni di impugnativa basate analogamente sul dolo (per es. art. 116 cpv. ultimo Cod. civ., art. 1300 cpv. Cod. civ.). È la conoscenza del dolo che produce la decorrenza del termine, non la possibilità di darne, con un mezzo o con un altro, la prova: soltanto, poiché la perentorietà del termine verrebbe di fatto ad essere annullata, se per fissar la data di inizio della conoscenza del dolo si dovesse stare alla semplice affermazione della parte, la legge esige che l'attore in revocazione provi per iscritto che la conoscenza del dolo si è iniziata nel giorno da lui affermato, *e non prima*; colla conseguenza che, se l'attore non riesce a dare tale prova, si presume che egli abbia conosciuto anche precedentemente il dolo avversario e che il termine per domandare la revocazione sia ormai decorso dalla notificazione della sentenza. Nella revocazione per dolo la prova scritta del giorno della

---

(1) Cfr. LESSONA, *Prove*, 3ª ediz., vol. I, n. 216.

(2) Cfr. Cass., 15 dicembre 1924, in *Giur. it.*, 1925, I, 1, 25; GUARNERI-CITATI, *Dolo processuale bilaterale e revocazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1927, I, pag. 27, nota 3.

(3) *Trattato*, IV, 4ª ed., n. 911, pag. 819: dico « forse » perché, come ha rivelato il GUARNERI-CITATI nello scritto cit., pag. 271, non appar chiaro se il M. abbia inteso parlare di prova *scritta* o di qualsiasi mezzo probatorio del dolo.

(4) *Il dolo processuale* (Palermo, 1926), pag. 80.

scoperta non è dunque una condizione *iniziale* di ammissibilità della domanda; ma è una condizione di ammissibilità che si aggiunge alle altre *in un secondo momento*, e che, solamente quando la revocazione è proposta dopo che è già decorso il termine di trenta giorni dalla notificazione, serve a dimostrare che l'attore *non ha potuto proporla prima*. Fornita questa giustificazione della inerzia protratta oltre il termine decorrente dalla notificazione, il giudizio sul fondamento della impugnativa, cioè sulla esistenza del dolo (*j. rescindens*), si svolge, anche in relazione ai mezzi di prova, colle stesse modalità con cui si sarebbe svolto se la revocazione fosse stata proposta entro quel termine.

Confondere la prova scritta *del giorno della scoperta* colla prova scritta *della esistenza del dolo* vuol dire, dunque, confondere il giudizio preliminare sulle condizioni formali di ammissibilità della domanda, col giudizio di merito sulla fondatezza della impugnativa (*j. rescindens*); vuol dire capovolgere l'ordine logico delle fasi del processo, col far dipendere l'ammissione formale della domanda (5), che ha carattere preliminare, dalla indagine sulla fondatezza, che attiene alla decisione del merito.

Tuttavia l'interpretazione sostenuta dal LIPARI, pur essendo, a mio avviso, certamente errata, sotto un certo aspetto si spiega e si giustifica: non soltanto perché essa mira, in ossequio al buon senso se non alla legge, a impedire la iniqua decadenza che inesorabilmente si produce a carico dell'attore in revocazione, quando egli, pur avendo in realtà scoperto il dolo soltanto nel giorno da lui affermato e non prima, non è però in grado di provar per iscritto la verità di questa sua affermazione; ma perché, effettivamente, si può credere che in alcuni casi, che ora cercherò di chiarire, la scoperta del dolo non sia altro che la scoperta della prova scritta del medesimo, e che quindi la prova del dolo e la prova della scoperta si assommino e si identifichino in unico documento.

4. — Ma qual'è, per venire al concreto, l'oggetto della prova richiesta dall'art. 497?

Oggetto di questa prova, si è già detto, *non è l'esistenza del dolo*; ma non è neanche, il semplice fatto della *scoperta del dolo*; che il dolo sia stato scoperto, non c'è bisogno di dimostrarlo con apposita prova, quando la dimostrazione resulta, *re ipsa*, dalla domanda di revo-

(5) Adopro la espressione « ammissione della domanda » in senso diverso, e forse più esatto, di quello in cui essa è adoprata dagli artt. 507 e 508 Cod. proc. civ., che se ne servono per indicare l'accoglimento della impugnativa (*j. rescindens*), che permette di revocare il giudicato e di passare al riesame del merito (*j. rescissorium*).

cazione! La stessa lettera dell'articolo, infatti, designa molto esattamente come oggetto della prova scritta non il fatto della scoperta, ma « il giorno della scoperta »: il che significa che alla legge non importa che si provi che il dolo è stato scoperto, ma che è stato scoperto proprio in quel giorno e non in un giorno diverso. E poiché, come già si è detto, la prova scritta richiesta dall'art. 497 è garanzia della perentorietà del termine ed ha lo scopo di dimostrare che tra la scoperta del dolo e la notificazione della domanda di revocazione non si siano lasciati trascorrere più di trenta giorni, la prova avrà raggiunto il suo effetto in quanto sia riuscita a dimostrare che la scoperta del dolo non risale al di là di trenta giorni dalla presentazione della domanda. La prova ha dunque, come altra volta accennai, carattere negativo (6); la data della scoperta del dolo ha qui importanza processuale non in quanto segna per lo scopritore l'inizio della conoscenza del dolo, ma in quanto segna per lui la cessazione della ignoranza del dolo: si deve provare, insomma, non che in quel giorno si conobbe, ma che *prima di quel giorno non si conobbe* il dolo avversario. Da questo carattere negativo che deve avere la prova, è desumibile che essa può in certi casi considerarsi raggiunta quantunque non resulti da essa precisamente in qual giorno il fatto positivo della scoperta sia avvenuto: se, presentando oggi la domanda di revocazione, riesco a provare per iscritto che fino a venti giorni addietro io ero nella più assoluta ignoranza del dolo, la revocazione sarà pienamente ammissibile anche se non avrò rigorosamente provato per sovrappiù in quale di questi ultimi venti giorni la scoperta del dolo sia avvenuta (cfr. oltre, n. 7 *a*).

5. — Con quali mezzi questa prova può esser data? L'art. 497 parla di prova scritta: e dottrina e giurisprudenza aggiungono che « *qualunque atto*, sia pubblico o privato, giudiziale o stragiudiziale, « *purché abbia data certa*, deve reputarsi sufficiente » (7); che « si deve « ritenere idoneo all'uopo *qualunque scritto* pubblico o privato, capace « di fornire la detta prova e *avente data certa* » (8); che « il contenuto « della prova scritta richiesta dall'art. 497 Cod. proc. civ. non si può « equiparare al contenuto dell'atto pubblico o scrittura privata di cui « all'art. 1320 Cod. civ., essendo evidente che, dovendosi col documento fornire la prova del giorno della scoperta del dolo usato dalla « controparte, il documento stesso possa difficilmente da questa pro-

---

(6) Cfr. la mia nota *La prova scritta della scoperta del dolo nel giudizio di revocazione, Riv. dir. proc.* 1924, II, pag. 293.

(7) Pisanelli, *Comm. del cod. proc. civ. per gli Stati Sardi*, vol. IV, n. MCXXXI, pag. 563.

(8) Mortara, *Comm.*, IV, n. 327, pag. 51.

« venire: è sufficiente invece *qualunque scritto* idoneo a fornire quella « prova, ma che quindi risponda ad una indispensabile condizione « imposta dai principî generali e dallo spirito della disposizione di « legge: *la data certa* » (9).

Ma che cosa vuol dire, in relazione alla prova del giorno della scoperta del dolo, la *certezza della data*? E come si deve intendere l'affermazione, apparentemente così vasta, secondo la quale *qualunque scrittura*, anche se non avente i requisiti dell'art. 1320, sarebbe, nel nostro caso, efficace mezzo probatorio?

Per quanto riguarda la certezza della data, si può intanto osservare che quando si dice che una scrittura ha data certa si intende che è certa la data in cui la scrittura è stata formata, non la data in cui sono avvenuti i fatti di cui essa scrittura attesta la verità: la certezza della data della dichiarazione non importa come necessaria conseguenza la certezza della data dei fatti dichiarati. Ora, applicando questa elementare distinzione al caso nostro, è facile intendere che non sempre una scrittura avente data certa può esser prova sufficiente del giorno in cui la scoperta del dolo è avvenuta: se per dar questa prova io mi limitassi a produrre una dichiarazione di un privato, raccolta da notaio, e per questo avente data certa, in un certo giorno, è evidente che in questo caso la certezza della data, inerente alla dichiarazione, non darebbe garanzia alcuna sulla veridicità della dichiarazione concernente il giorno della scoperta; e, mentre dimostrerebbe che la scoperta del dolo è certamente avvenuta *prima* di un certo giorno (cioè prima del giorno in cui la dichiarazione è stata fatta dinanzi a notaio), non servirebbe davvero a dimostrare quello che nel nostro caso più importa, cioè che la scoperta sia avvenuta *non prima* di un certo giorno!

Questo esempio ci permette anche di tornare su un altro dubbio, che già esprimemmo qualche anno fa commentando la sentenza 5 agosto 1924 della Corte d'Appello di Firenze, a proposito dell'insegnamento in essa contenuto, secondo il quale la prova richiesta dall'art. 497 potrebbe esser data con qualsiasi scrittura privata (purché avente data certa), anche *se non proveniente dalla controparte*. Questo insegnamento della Corte fiorentina porterebbe, se si potesse prendere alla lettera, a conseguenze così assurde, che certo non possono essere state nella intenzione di chi l'ha pronunciato: non crediamo infatti che la Corte abbia potuto pensare che la prova richiesta dall'art. 497 possa esser fornita con una scrittura privata (avente data certa) proveniente *dalla stessa parte che agisce in revocazione*! Ma, senza arrivare a

---

(9) App. Firenze, 5 agosto 1924, in *Riv. dir. proc.*, 1924, II, pag. 297.

questi assurdi, la cosa è dubbia anche quando si tratta di scrittura privata proveniente da un terzo. La regola del nostro processo, che non conosce la testimonianza scritta e nega quindi alle scritture private provenienti dai terzi ogni efficacia probatoria sulla verità dei fatti in esse dichiarati, verrebbe meno eccezionalmente quando il fatto che si deve provare è la scoperta del dolo? E si dovrebbe quindi ammettere che la prova richiesta dall'art. 497, che non può esser data mediante testimonianze orali, possa invece esser data mediante una testimonianza scritta, quale sarebbe, per esempio, una dichiarazione redatta e firmata dall'avvocato dello stesso attore in revocazione, e attestante che il cliente ha scoperto il dolo dell'avversario non prima di un certo giorno?

6. — Credo che questi dubbî possano esser chiariti quando si tengano distinte due nozioni che sono state finora sovrapposte e confuse: la nozione di *prova della scoperta* e la nozione di *fonte della scoperta* del dolo.

La scoperta del dolo avviene, come si è visto, quando la parte apprende per la prima volta i fatti, fino a quel momento da essa ignorati, in cui si è esternamente concretato (a suo giudizio) il dolo dell'avversario. Può darsi che la parte abbia diretta cognizione di questi fatti: come accadrebbe se, essendosi il dolo estrinsecato in un documento dispositivo (per es. scrittura autografa dell'avversario che si obbliga a dare un compenso a un testimone se deporrà il falso), la parte ne venisse in possesso e avesse la rivelazione del dolo dalla lettura dello stesso documento che ne è stato lo strumento originario. Altra volta però, e nel massimo numero dei casi, la parte ha la rivelazione del dolo attraverso la narrazione dei fatti costituenti il medesimo, comunicatale verbalmente da altra persona, o contenuta in una altrui scrittura ad essa pervenuta, avente carattere di documento testimoniale (per es., lettera di un terzo che rivela di aver assistito al pagamento di un compenso fatto dall'avversario a un testimone falso). Anche in quest'ultimo caso la scoperta del dolo avviene attraverso la lettura del documento; ma mentre nel primo caso il documento scritto è esso stesso espressione del dolo, sicché si può dire che il dolo è nel fatto della dichiarazione, nel secondo caso la scrittura non fa che testimoniare i fatti in cui il dolo si sarebbe esplicato, in modo che il dolo è soltanto nei fatti testimoniati.

Nell'un caso e nell'altro (e lasciando per ora da parte la ipotesi di una rivelazione *orale* del dolo) la scrittura, dalla cui lettura la parte trae la convinzione del dolo avversario, costituisce per essa, oggettivamente, la *prova del dolo* (*diretta* nel primo caso e *indiretta* nel secondo) e la scoperta del dolo avviene appunto al momento in cui la

parte prende conoscenza di questa scrittura. Si può dunque esattamente dire che la scoperta del dolo coincide, *in questi casi*, colla scoperta della prova scritta del dolo. E poiché, nei casi suddetti, la scoperta del dolo non sarebbe avvenuta se la parte non avesse preso conoscenza della scrittura che ne è la prova, questa scrittura, che funziona da una parte come *prova del dolo*, funziona dall'altra come causa o come *fonte della scoperta del dolo*.

Ma con questo non si è ancora detto che la scrittura che è *prova del dolo* e *fonte della scoperta* del medesimo, si possa anche considerare *prova della scoperta del dolo*. La scrittura che prova il fatto del dolo non prova anche, necessariamente, il fatto della scoperta; la quale, pur esistendo la scrittura, può non avvenire, e può avvenire molto più tardi, quando, in un momento successivo alla formazione della scrittura, questa venga a cadere sotto gli occhi della parte danneggiata dal dolo. Perché si possa parlare di prova della scoperta del dolo, bisogna che oggetto della prova sia il fatto della scoperta (cioè l'atto di chi scopre) non già il fatto della esistenza del dolo (cioè l'atto di chi ha posto in essere il dolo); e si potrà propriamente considerare come prova scritta della scoperta del dolo, solo quella dichiarazione scritta, avente efficacia probatoria, in cui *il fatto dichiarato sia appunto il fatto della scoperta del dolo*.

Si possono pertanto presentare in pratica quattro casi diversi: *a*) l'attore in revocazione possiede la prova scritta (fonte della scoperta) del dolo, senza avere la prova scritta della scoperta del dolo; *b*) l'a. possiede viceversa la prova scritta della scoperta del dolo, senza avere la prova scritta del medesimo; *c*) l'a. possiede la prova scritta così del fatto del dolo come del fatto della scoperta; *d*) l'a. manca dell'una e dell'altra.

7. — Guardiamo ora, al lume di queste nozioni, se ed in qual modo può essere adempiuto il precetto dell'art. 497 Cod. proc. civ. nei quattro casi tipici sopra distinti.

a) Se l'attore in revocazione è in possesso di un documento che costituisce, a suo avviso, la prova del dolo, questo, in sé considerato, non integra la prova scritta richiesta dall'art. 497, perché la prova del dolo non prova anche in qual giorno questo sia stato scoperto dall'attore. Possono però darsi dei casi nei quali dalla prova scritta del dolo è possibile trarre, in modo indiretto ma sicuro, la prova del giorno della scoperta: se, infatti, il documento che costituisce la prova del dolo ha data certa, ed è dimostrato altresì che *solo dalla conoscenza di esso* l'attore in revocazione ha avuto la rivelazione del dolo (se, cioè la prova del dolo è stata anche la fonte di scoperta del dolo), si può dedurre da ciò che la data della scoperta del dolo non può risalire

al di là della data del documento che prova il dolo: perché la parte non può aver scoperto il dolo prima che sia stato formato il documento, attraverso la lettura del quale la scoperta del dolo è appunto avvenuta. Così della data della scoperta del dolo si avrà una prova indiretta e negativa (non si saprà in quale giorno sia avvenuta la scoperta, ma si saprà che essa, in ogni caso, *non può essere avvenuta prima* del giorno che figura come data del documento che prova il dolo); ma già si è visto (n. 4) che proprio di una prova in questo senso negativa si appaga, come garanzia della perentorietà del termine, l'art. 497 il quale, del resto, nella stessa sua lettera, non esige una prova scritta che abbia come oggetto immediato il giorno della scoperta, ma si appaga di una prova scritta « *da cui resulti* (sicuramente, anche se indirettamente) il giorno della scoperta ». Si può dunque considerare acquisito alla interpretazione dell'art. 497, questo principio: che la prova scritta del dolo, avente data certa, fornisce anche la prova del giorno della scoperta, quando essa prova scritta ha funzionato come fonte della scoperta del dolo; sicché in questo caso, perché il precetto dell'art. 497 sia soddisfatto e la domanda di revocazione ammissibile, basta che, tra la data del documento che prova il dolo e il giorno in cui è stata notificata la domanda di revocazione, non siano passati più di trenta giorni.

In casi come questi, il documento prodotto dall'attore ha, nel processo di revocazione, una doppia funzione: in un primo tempo funziona (*in limite litis*) come prova del giorno della scoperta del dolo, all'effetto di far dichiarare tempestivamente proposta, e quindi ammissibile, la domanda di revocazione; in un secondo tempo funziona (nel *judicium rescindens*) come prova del dolo, all'effetto di far dichiarare esistente il motivo di revocazione: è appunto questa doppia faccia probatoria, presentata in questi casi dal documento, che ha forse tratto in inganno alcuni studiosi e che spiega la confusione da essi fatta tra prova scritta del dolo e prova scritta della sua scoperta.

Giova avvertire che, in questi casi, affinché il documento presentato dall'attore in revocazione possa *in limine litis* funzionare come prova del giorno della scoperta del dolo, non è necessario che esso appaia al giudice come prova *oggettivamente efficace* del dolo: decidere se il dolo c'è stato o non c'è stato, è questione che attiene alla fondatezza della domanda e che il giudice affronterà dopo averla dichiarata ammissibile dal punto di vista formale. Perché il documento sia sufficiente agli effetti preliminari, basta che da esso, *e non da altra fonte*, l'attore in revocazione abbia tratto la convinzione *soggettiva* della esistenza del dolo: se poi questa convinzione sia fondata o no, è questione che dovrà decidersi, quando, superata la fase preliminare, si esaminerà il merito della impugnativa. In altre parole la prova del giorno della scoperta del dolo, richiesta dall'art. 497, può esser data

in limine litis anche con un documento che sia stato sufficiente per ingenerare *nella parte* la convinzione della esistenza del dolo, ma che non sia sufficiente, secondo il diritto processuale, a dar la prova del dolo *al giudice.*

Questa osservazione permette di chiarire e insieme di restringere entro precisi confini l'affermazione, contenuta nella sentenza sopra citata della Corte di Firenze (n. 5), secondo la quale la prova della scoperta del dolo potrebbe esser data anche mediante una scrittura privata proveniente da un terzo, purché avente data certa: tale affermazione è esatta, tutte le volte in cui la dichiarazione scritta proveniente dal terzo ha per oggetto il fatto del dolo, sicché essa abbia funzionato di fronte alla parte come fonte di scoperta del medesimo. In questo caso tutti i ragionamenti fatti finora si applicano anche alla scrittura privata proveniente dal terzo: la quale, se non potrà dare al giudice la prova dei fatti in essa *dichiarati*, cioè del dolo (difronte ai quali essa ha il carattere di una testimonianza scritta sprovvista di ogni valore probatorio), sarà sufficiente come prova del fatto *della dichiarazione* (10); e poiché è stata appunto questa dichiarazione del terzo che ha rivelato alla parte l'esistenza del dolo (fonte della scoperta del dolo), potrà da essa desumersi la prova indiretta del giorno della scoperta del dolo nel modo che sopra si è detto. Se, ad esempio, la parte produrrà un telegramma, col quale un terzo le ha rivelato circostanze da cui essa ha desunto l'esistenza del dolo, questo telegramma potrà costituire in giudizio la prova indiretta del giorno della scoperta del dolo, quando la sua autenticità (es. art. 47 Cod. comm.), la qualità della persona che lo ha spedito o altre circostanze del caso, che il giudice potrà di volta in volta valutare, facciano ritenere che quel telegramma è stato veramente per la parte la unica fonte della scoperta del (creduto) dolo.

8. — *b*) La dichiarazione scritta proveniente dal terzo non avrebbe invece nessuna efficacia probatoria, *neanche agli effetti dell'art.* 497, quando, pur avendo carattere di autenticità e data certa, avesse come oggetto non il fatto del dolo, ma il fatto della scoperta del dolo; verrebbe a mancarle il carattere di *fonte* della scoperta del dolo, e come *prova* della scoperta del dolo non avrebbe valore alcuno, appunto perché la testimonianza scritta non basta a provare la verità del fatto testimoniato.

Tutte le volte in cui l'attore in revocazione non è in grado di pro-

(10) Cfr. CARNELUTTI, *La prova civile*, passim; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 843: La scrittura privata « provenendo da un terzo può essere o la prova di un *atto* giuridico o di un *fatto* del terzo ».

durre il documento che è stato per lui la fonte della scoperta del dolo, egli non potrà dunque dare la prova del giorno della scoperta del dolo se non mediante una scrittura privata proveniente dalla controparte e avente i requisiti voluti dall'art. 1320 Cod. civ. (11), ovvero mediante un atto pubblico, nel quale l'ufficiale dichiarante attesti che il fatto della scoperta del dolo è avvenuto *in sua presenza* in un determinato giorno: per es. mediante un verbale di un notaro, il quale attesti di avere aperto in presenza della parte un piego suggellato, fino a quel giorno segreto, dal contenuto del quale la parte ha avuto la rivelazione del dolo.

9. — *c*) Quando l'attore in revocazione dispone di una prova scritta del dolo, avente data certa e fornita dei caratteri che permettono di considerarla come fonte della scoperta del dolo, non si può dalla medesima desumere utilmente, nel modo già veduto, la prova del giorno della scoperta (n. 7), se la data della scrittura risale a più di trenta giorni dalla notificazione della domanda di revocazione; se, in altre parole, la parte ha avuto conoscenza della scrittura (e quindi non ha potuto prima agire in revocazione) dopo più di trenta giorni da quello in cui tale scrittura, avente data certa, resulta formata.

In questo caso, per poter adempiere al precetto dell'art. 497, occorre che l'attore produca non solo il documento che è stato fonte della scoperta del dolo, ma altresì altra prova scritta (fornita dei caratteri indicati al precedente n. 8) da cui resulti che di tale documento egli ha avuto cognizione in giorno posteriore a quello della sua data di formazione, in modo da far rientrare il giorno della scoperta del dolo (cioè, in questo caso, della scoperta del documento che è prova del dolo) nei trenta giorni anteriori alla notificazione della domanda. In questo caso si vedono concretate in due distinti documenti la prova del dolo e la prova del giorno della scoperta della prova del dolo; colla conseguenza che il requisito della data certa è qui indispensabile per il secondo documento, ma non per il primo.

In siffatta ipotesi però la prova scritta del giorno della scoperta del documento che prova il dolo, potrebb'essere data anche in modo negativo: in quanto cioè potrebb'essere oggetto di questa prova scritta non il fatto positivo della scoperta, ma il fatto negativo della impossibilità, in cui per un certo periodo la parte si sia trovata, di aver notizia del documento che prova il dolo. Facciamo la ipotesi che il do-

---

(11) La dichiarazione scritta proveniente dalla controparte può avere la massima importanza probatoria come prova del dolo; ma è difficile configurare in pratica una ipotesi in cui abbia come oggetto la scoperta del dolo e possa funzionare come prova della medesima.

cumento che prova il dolo (per es. una sentenza penale) sia diventato di pubblico dominio in un periodo in cui la parte danneggiata dal dolo era assente e in luogo così lontano dal consorzio civile (per es. in una spedizione in regioni inesplorate), da escludere ogni possibilità di ricever comunicazioni. Se al suo ritorno la parte agisce in revocazione, e prova per iscritto di esser stata fino al giorno del suo ritorno nella impossibilità di ricever notizia della sentenza pubblicata in sua assenza, è con ciò dimostrato che la scoperta del dolo non si può far risalire al di là di quel giorno, e se quel giorno è compreso nel termine di trenta giorni dalla notificazione della domanda, il requisito dell'art. 497 deve ritenersi adempiuto.

10. — *d*) Resta finalmente il caso in cui l'attore in revocazione, pur essendosi affrettato ad agire appena ha avuto la rivelazione orale del dolo, non sia in grado di provare per iscritto né il dolo, né il giorno della scoperta del medesimo. In questa ipotesi si manifesta a pieno l'eccessivo rigore dell'art. 497; poiché il danneggiato dal dolo avversario, nella impossibilità di fornire direttamente (n. 8) o indirettamente (n. 7) la prova scritta del giorno della scoperta del dolo e quindi della tempestività della sua impugnativa, si troverà precluso l'ingresso al *j. rescindens*, anche se in questo avrebbe la sicurezza di potere provare il dolo con mezzi diversi dalla scrittura.

11. — Torniamo al caso pratico riassunto all'inizio di questa nota e applichiamo ad esso le considerazioni finora svolte.

L'attore in revocazione B aveva avuto nel caso nostro la rivelazione del (creduto) dolo di A dalla lettura di una sentenza penale istruttoria; e poiché la istruttoria penale è secreta fino al momento della sua chiusura (art. 106 Cod. proc. pen.), B non poteva aver conosciuto le resultanze della istruttoria prima della pronuncia della sentenza emanata in base ad essa. La sentenza istruttoria aveva dunque funzionato non solo come prova scritta del dolo avente data certa, ma altresì come fonte della scoperta del dolo: onde la prova indiretta (n. 7) che il giorno della scoperta del dolo non poteva essere anteriore alla data della sentenza.

Ma poiché B in realtà aveva avuto notizia della sentenza molti mesi dopo la sua pronuncia, così la data della sentenza non poteva più bastare a provare indirettamente che la data della scoperta non risalisse al di là di trenta giorni dalla notificazione della domanda. Per integrare la prova, B aveva quindi prodotto un certificato di cancelleria, attestante (in relazione all'art. 108 Cod. proc. pen.) che solamente il 14 aprile 1925 egli (e nessun altro prima di lui) era stato autorizzato a prender visione e a farsi rilasciare copia degli atti e della

sentenza istruttoria; e siccome la domanda di revocazione era stata proposta prima che fosse decorso un mese dal 14 aprile 1925, il requisito dell'art. 497 sembrava scrupolosamente adempiuto. Si rientrava qui nel terzo caso, esaminato *sub c* (n. 9): l'attore in revocazione era in grado di fornire la prova scritta del dolo che era stata per lui la fonte della scoperta (sentenza istruttoria), e la prova scritta del giorno in cui aveva avuto notizia della sentenza e quindi del dolo (certificato di cancelleria). La prova della scoperta del dolo, nel senso negativo voluto dalla legge, era data in due tappe, ma in modo esauriente: prima provando che l'unica fonte attraverso la quale B aveva potuto rendersi conto del dolo di A era la sentenza istruttoria; poi provando che di questo documento B non aveva avuto notizia prima di un certo giorno.

Ma la sentenza della Corte, come sopra si è veduto, negò la sufficienza della prova, e quindi l'ingresso all'esame della impugnativa, non già perché ritenesse insufficiente il certificato di cancelleria a dimostrare che B non poteva aver conosciuto la sentenza istruttoria prima del 14 aprile 1925, ma perché ritenne che la sentenza istruttoria non avesse sicuramente il carattere di *unica* fonte della scoperta del dolo, del quale poteva darsi che B avesse avuto anche anteriormente notizia dagli stessi testimoni che avevano deposto in istruttoria o da altre persone.

12. — Abbiamo già veduto come questo modo di ragionare della Corte d'Appello sia stato oggetto di censura da parte della Cassazione: la decisione della quale può essere illustrata dalle seguenti considerazioni:

a) Sembra innanzi tutto che la Corte di merito, dando importanza alle informazioni stragiudiziali che B poteva aver ricevuto sul dolo di A prima della chiusura della istruttoria, si sia messa in contrasto coll'insegnamento, comunemente accolto da dottrina e giurisprudenza, secondo il quale la scoperta del dolo, da cui decorre il termine per agire in revocazione, risale al momento in cui si raggiunge la certezza del dolo, nelle sue circostanze concrete, non al momento in cui si ha sul dolo solamente qualche vago sospetto (12). Nel nostro caso B aveva denunciato per falsa testimonianza X ed Y, ritenendo che essi fossero in dolo: anche se nel corso della istruttoria egli ha cominciato a sospettare che, invece di X ed Y, l'unico artefice della frode fosse A, non ha potuto averne la certezza fino a quando la sentenza istruttoria non gli ha rivelato che X ed Y erano veramente innocenti,

---

(12) Cfr. Cass., 10 novembre 1924, in *Corte di cassazione*, 1925, 527.

e che il dolo, in base al quale potevasi agire in revocazione, era quello di A, non quello dei testimoni.

b) Ma anche più gravemente mi pare che siano stati violati lo spirito dell'art. 497 e i principî che reggono la repartizione dell'onere della prova, quando, negando alla sentenza istruttoria il carattere di *unica* fonte della scoperta di dolo, si è voluto attribuire all'attore in revocazione l'onere di provare non soltanto che egli prima di un certo giorno non aveva conosciuto il dolo attraverso la fonte che nel caso concreto dovevasi ritenere come *legale e normale*, ma altresì di non averlo conosciuto neppure attraverso tutte le altre *possibili* fonti, anche se queste dovessero considerarsi nel caso concreto come anormali e perfino come giuridicamente vietate.

In verità, quando la Corte di Appello ha ritenuto che l'attore in revocazione non avesse esaurientemente provato che la scoperta del dolo fosse avvenuta non prima del 14 aprile 1925, soltanto perché prima di quel giorno alla conoscenza del dolo « si poteva esser giunti « anche attraverso le dichiarazioni extraistruttoriali degli stessi testi- « moni esaminati dal giudice », e perché anche altre persone, oltre « quelle intervenute nella istruttoria, potevano essere informate delle « circostanze dalle quali B crede potere desumere il preteso dolo di A », essa è venuta a far gravare su B non soltanto l'onere, già in sé eccezionale e, come dicevan gli antichi, « diabolico », di provare l'inesistenza di un determinato fatto (scoperta del dolo anteriore al 14 aprile 1925), ma addirittura l'onere di provare la inesistenza di tutta una serie indeterminata e indeterminabile di fatti astrattamente possibili: il che costituisce non una prova diabolica, ma una prova superiore alle stesse forze infernali!

È facile intendere a quale sviluppo potrebbe portare il ragionamento della Corte d'Appello: se anche B, prevedendo le speciose obiezioni della sentenza denunciata, fosse riuscito a procurarsi la prova scritta (!!) per dimostrare che i testimoni sentiti in istruttoria non fecero ad alcuno dichiarazioni extra-istruttoriali sul dolo di A, e che nessun'altra persona poteva essere informata delle circostanze nelle quali il dolo si concretava, — la Corte d'Appello avrebbe potuto obiettargli collo stesso fondamento logico che egli non aveva però portato alcuna prova per escludere che l'andamento della istruttoria gli fosse stato riferito, prima di legger la sentenza, da qualche usciere compiacente che avesse origliato alla porta dell'ufficio di istruzione, o dalla domestica del giudice istruttore che fosse andata a frugare tra le carte del padrone, o addirittura da qualche divinatore del pensiero, riuscito a sorprendere colla telepatia, nella mente dei testimoni e del giudice o magari dello stesso autore del dolo, il segreto dell'istruttoria! Si tratta di tutte eventualità, attraverso le quali B avrebbe potuto, prima di

legger la sentenza istruttoria, venire a conoscere quel dolo per il quale poi agì in revocazione, e bisognava dunque che egli provasse per iscritto che tutte queste eventualità, *in serie indefinita*, non si erano verificate: quando si accetta una premessa, non bisogna spaventarsi delle sue conseguenze logiche!

La verità è che le rare volte in cui la legge impone a una parte in causa l'onere di provare la inesistenza di un fatto, si accontenta, per ritenere adempiuto tale onere, che la parte provi che il fatto non si è verificato nel modo in cui *normalmente*, nella massima parte dei casi, si verifica. È questo, del resto, un principio fondamentale in materia di repartizione dell'onere della prova: « il concetto, che cerca « nel rapporto fra normalità e anormalità, fra regola ed eccezione il « criterio teorico e pratico di repartizione dell'onere della prova, è in « fondo comune alla più parte delle teorie », insegna il CHIOVENDA (*Principii*, pag. 789).

Se si applica questo principio al caso nostro, è certo che, date le circostanze processuali sopra esposte e dato che l'istruttoria penale è segreta (art. 106 Cod. proc. civ.), la via regolare e normale attraverso la quale era presumibile che l'attore B fosse venuto a conoscere il dolo di A, era indubbiamente quella della lettura della sentenza istruttoria, con tutti i precedenti atti che all'attore era stato possibile e lecito consultare soltanto quando l'istruttoria si era chiusa. Ma se questa era, nel caso nostro, la fonte normale e per così dire fisiologica della scoperta del dolo, l'attore aveva assolto il compito attribuitogli dall'art. 497 quando aveva provato per iscritto che tale fonte non gli era stata nota prima del 14 aprile 1925. Se poi fosse stato proprio vero che anche prima di quel giorno egli avesse conosciuto il dolo di A per qualche altro mezzo tortuoso e diciamo così patologico, come sarebbe quello delle confidenze stragiudiziali dei testimoni, è certo che tale forma di scoperta indiretta e non ufficiale costituiva, nel caso nostro, la eccezione e la anormalità: sicché non spettava all'attore dar la prova della sua inesistenza, ma se mai ad A, cioè al convenuto in revocazione, dar la prova della sua esistenza.

In conclusione, la Corte di merito aveva non soltanto violato i principî fondamentali della repartizione dell'onere della prova, ma altresì aggravato e per dir così, *esasperato* la disposizione dell'art. 497, pretendendo che per raggiungere la prova del giorno della scoperta del dolo si richiedesse non soltanto la esclusione in data anteriore della conoscenza effettiva del dolo, ma altresì la esclusione di ogni possibilità potenziale ed astratta di conoscenza anteriore, anche se restata inattuata in concreto! Il che evidentemente significava render l'art. 497 anche più tirannico di quello che è, e cancellare definitivamente dal Codice la revocazione per dolo.

XVI

QUESTIONI SULL'APPELLO NELLE CONTROVERSIE DEL LAVORO (*)

Questa sentenza della Magistratura del Lavoro fiorentina in data 12 dicembre 1928 e quella, precedentemente riportata, dell'11 dicembre, risolvono diverse questioni relative alla forma e ai termini dell'appello in tema di controversie individuali del lavoro. Mette conto richiamare l'attenzione degli studiosi e dei pratici su queste sentenze, per la novità delle questioni da esse risolte, per la esattezza delle soluzioni destinate a servire di massima, per la difficoltà della materia, singolarmente complicata ed irta di dubbi in questo periodo transitorio tra il vecchio e il nuovo sistema.

(*) [Pubblicato in *Il Foro toscano*, a. III, 1928, pp. 511-517, in nota alla sentenza della Corte d'Appello di Firenze, 12 dicembre 1928, Nufer e Pestelli c. Fallimento Banca Conti e C., così massimata: « In forza del r. decr. 26 febbraio 1928 n. 471, ed anche dopo il r. decr. 1° novembre 1928 n. 2652, la Magistratura del Lav., è competente, a partire dal 1° ottobre 1928, a giudicare in secondo grado sugli appelli proposti contro le decisioni pronunciate in materia di impiego privato dai Tribunali ordinarî. La comunione di interesse, che per l'art. 470 cod. proc. civ. è condizione per l'ammissibilità dell'appello adesivo, può essere costituita anche dalla identità di mezzi di difesa dedotti dalle parti processualmente unite in primo grado per tutelare ciascuna il proprio interesse. Dinanzi la Magistratura del Lavoro la comparizione personale delle parti è semplicemente facoltativa, quando non sia espressamente ordinata dal magistrato; e non sono prescritte per la procura *ad litem* forme diverse da quelle ammesse dinanzi ai giudici ordinarî (delega in calce). L'appello adesivo dinanzi alla Magistratura del Lavoro è ritualmente proposto mediante comparsa, presentata all'udienza preliminare dinanzi al Presidente. Non può più proporre appello adesivo la parte contro la quale, al momento in cui il suo litisconsorte appella in via principale, era già decorso anteriormente il termine per appellare in via principale; nel caso presente però l'appello adesivo, anche se proposto dopo decorso il termine di quindici giorni dato per appellare in via principale dinanzi alla Mag. del Lav., si salva dalla decadenza, perché il formarsi del giudicato fu impedito, in conformità del r. decr. 1° novembre 1928 n. 2652, dalla tempestiva interposizione entro i trenta giorni, da parte dello stesso appellante adesivo, di appello principale dinanzi alla Corte d'Appello in sede ordinaria]. [*Bibliografia*, n. 157].

1. — È noto che, prima della istituzione della Magistratura del Lavoro, le controversie individuali del lavoro potevano esser distinte, agli effetti della competenza di primo grado, in tre gruppi:

a) controversie tra operai e industriali di valore inferiore alle lire mille, di competenza dei Probiviri (l. 15 giugno 1893, n. 295, modif. dalla l. 20 marzo 1921, n. 303);

b) controversie nascenti dal rapporto di impiego privato di valore inferiore alle lire ventimila, di competenza delle Commissioni arbitrali per l'impiego privato (r. decr. 2 dicembre 1923, n. 2686, art. 1);

c) controversie tra industriali e operai, o tra impiegati e principali, rispettivamente superiori ai suddetti limiti di valore, di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria. Lascio da parte, per semplificare, la competenza di altri organi giurisdizionali speciali, di più limitata importanza.

A questa tripartizione della competenza di primo grado corrispondeva una tripartizione della competenza di secondo grado. Le sentenze dei Probiviri si potevano impugnare dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria (Pretore o Tribunale, secondo il valore); quelle delle Commissioni provinciali dell'impiego privato dinanzi alla Commissione centrale; quelle dell'autorità giudiziaria ordinaria, dinanzi al giudice ordinario di secondo grado (Tribunale o Corte d'Appello, secondo il valore): l'impugnativa contro le sentenze del primo gruppo e contro quelle del secondo gruppo su controversie non eccedenti il valore di lire 3.000, era limitato ad alcuni vizî (incompetenza ed eccesso di potere: l. 15 giugno 1893, art. 11; r. decr. 2 dicembre 1923, art. 5); la impugnativa contro le sentenze del terzo gruppo e contro quelle del secondo gruppo su controversie eccedenti il valore di lire 3.000, aveva il carattere di appello pieno.

2. — Per stabilire esattamente come, in questi vari gruppi di controversie, è stato modificato l'ordinamento dell'appello dopo la istituzione della Magistratura del Lavoro, bisogna tener presenti quattro successivi testi legislativi; la legge 3 aprile 1926, n. 562, art. 13 cpv. ultimo e art. 23; il r. decr. 1° luglio 1926, n. 1130, art. 100; il decr. 26 febbraio 1928, n. 471, art. 17; il r. decr. 1° novembre 1928, n. 2652.

La legge 3 aprile 1926, lasciando in vigore la competenza di primo grado dei Probiviri e delle Commissioni arbitrali provinciali per l'impiego privato (art. 13, cpv. 3°), attribuì alla Magistratura del Lavoro « l'appello contro le decisioni di tali collegi e commissioni e di altri « organi giurisdizionali in materia di contratti individuali di lavoro ». Si dubitò se tale competenza di *secondo grado* della Magistratura del Lavoro sulle controversie *individuali*, potesse considerarsi già entrata in vigore anche prima che fossero emanate le norme di coordinamento

preannunciate dall'art. 23 della legge 3 aprile 1926 e dall'art. 100 del r. decr. 1° luglio 1926. Per le decisioni dei Probiviri il dubbio fu risoluto in modo affermativo (cfr. la decisione 28 giugno 1927 della Mag. del Lavoro di Firenze, in questa stessa Rivista, 1927, pag. 293, con mia nota di adesione); per quelle delle Commissioni dell'impiego privato, si dovè ritenere il contrario, perché l'art. 100 del r. decr. 1° luglio 1926, lasciando in vita, fino alla emanazione delle norme di coordinamento, anche la Commissione centrale, organo di secondo grado, volle evidentemente intendere che a questo organo continuassero ad esser portati gli appelli contro le decisioni delle Commissioni provinciali. Si intende che l'entrata in vigore della legge 3 aprile 1926 non modificò in alcun modo la competenza di secondo grado su quel gruppo di controversie del lavoro, che in primo grado continuavano, anche dopo la legge suddetta, ad essere di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria (controversie sul contratto di lavoro tra operai e industriali di valore superiore alle lire mille; o sul contratto d'impiego, di valore superiore alle lire ventimila); l'art. 13 della legge 3 aprile 1926 colla espressione « altri organi giurisdizionali », si riferiva infatti non all'autorità giudiziaria ordinaria, ma soltanto alle giurisdizioni *speciali* diverse dai collegi probivirali e dalle Commissioni per l'impiego privato.

Il r. decr. 26 febbraio 1928, aboliti i Probiviri e le Commissioni per l'impiego privato (art. 1°, prima parte) nonché le Commissioni interprovinciali per la decisione delle controversie individuali tra personale e aziende esercenti pubblici esercizi di trasporto (art. 25, cpv. 4°), unificò le controversie del lavoro (precedentemente, come si è detto, distinte in varî gruppi agli effetti della competenza di primo grado) in una sola categoria, devoluta in primo grado all'autorità giudiziaria ordinaria: « le controversie individuali, che attualmente sono di com-« petenza della giuria dei probiviri, quelle relative a rapporti derivanti « dal contratto di impiego privato, quale che ne sia il valore, e ogni « altra controversia individuale, derivante da rapporti soggetti a con-« tratti collettivi di lavoro o ad altre norme che abbiano valore o effetti « di contratti collettivi... saranno decise dai pretori o dai tribunali, nei « limiti della rispettiva competenza per valore » (art. 1, cpv. 1°; si intende che i Pretori sono competenti a decidere in primo grado anche sulle controversie di valore inferiore alle lire 400). In quanto alla competenza di secondo grado, essa fu dallo stesso r. decr. 26 febbraio 1928, con analogo criterio unificatore, devoluta per intero alla Magistratura del Lavoro; ad eccezione delle sentenze su controversie di valore inferiore alle lire 2.000, che sono inappellabili (art. 17 prima parte), tutte le sentenze di primo grado su controversie individuali del lavoro, *anche se pronunciate da Pretori*, sono appellabili dinanzi alla M. del Lavoro: si ha così il fenomeno, nuovo nel nostro ordinamento giudiziario, di

una pronuncia del Pretore appellabile dinanzi alla Corte d'appello, anziché dinanzi al Tribunale, giudice immediatamente superiore.

3. — Il decr. 26 febbraio 1928, nel suo art. 25, dettò le norme transitorie per il passaggio dal vecchio al nuovo ordinamento delle controversie individuali; ma, essendosi verificati inconvenienti e incertezze nell'applicazione di tale articolo, il r. decr. 1° novembre 1928 ha sentito la necessità di dettare in proposito « ulteriori norme transitorie ». In seguito a questo nuovo decreto, la situazione nel periodo di passaggio è la seguente.

La competenza di primo grado dei Pretori e Tribunali sulle controversie individuali, già di spettanza dei Probiviri o delle Commissioni per l'impiego privato, decorre, per le cause nuove, dal 1° ottobre 1928. Ma, le controversie che a quella data già si trovassero pendenti *in primo grado* dinanzi ai Probiviri o alle Commissioni, proseguiranno dinanzi a quelle giurisdizioni, che a tale scopo continueranno a funzionare fino al 31 marzo 1929: ove neppure in detto giorno fossero definite, saranno devolute, nello stato in cui si trovano, alla autorità giudiziaria ordinaria competente per valore secondo il r. decr. 26 febbraio 1928 che, al 1° ottobre 1928, già si trovassero.

Le controversie contemplate dal suddetto decr. 26 febbraio 1928 che, al 1° ottobre 1928, già si trovassero pendenti in primo grado dinanzi l'autorità giudiziaria ordinaria « proseguiranno davanti la me- « desima secondo le norme anteriori al citato regio decreto » (r. decr. 1° novembre 1928, art. 1); ove alla data del 1° aprile 1929 non fossero ancora definite, continueranno dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, ma colla costituzione collegiale e col procedimento stabiliti dal r. decr. 26 febbraio 1928 (r. decr. 1° novembre 1928, art. 1° cap. ultimo).

4. — In quanto alle norme transitorie, concernenti la competenza *di secondo grado*, si è già detto che, mentre fino all'entrata in vigore della l. 3 aprile 1926, alla M. del Lavoro era stata devoluta la competenza sugli appelli proposti contro le sentenze dei Probiviri, era restata invariata la competenza d'appello della Commissione centrale per l'impiego privato nelle controversie decise in primo grado dalle Commissioni provinciali (art. 100 r. decr. 1° luglio 1926) e la competenza d'appello dell'autorità giudiziaria ordinaria (Tribunali e Corti d'appello) su quel gruppo di controversie del lavoro che in primo grado erano di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria (Pretori e Tribunali). Per realizzare la concentrazione della competenza di secondo grado nella M. del L. si è stabilito:

a) che, a partire dal 1° ottobre 1928, anche gli appelli nuovi contro le decisioni delle Commissioni per l'impiego privato devono

esser proposti alla M. d. L., mentre la Commissione centrale continuerà a funzionare fino al 31 marzo 1929, per la trattazione delle impugnative presentate entro il 30 settembre 1928: le cause d'appello che, al 31 marzo 1929, fossero ancora pendenti presso la Commissione centrale « saranno devolute, nello stato in cui si trovano, alla Magistratura del Lavoro competente per territorio » (art. 25 cap. 3°, r. decr. 26 febbraio 1928);

b) che anche dopo il 1° ottobre 1928, e fino al 31 marzo 1929 gli appelli contro le decisioni dell'autorità giudiziaria ordinaria (Pretori o Tribunali) pronunciate su controversie del lavoro secondo l'ordinamento anteriore al r. decr. 26 febbraio 1928, si portano all'autorità giudiziaria ordinaria competente in secondo grado secondo le norme anteriori (Tribunali o Corti d'appello); col 1° aprile 1929 le cause che fossero ancora pendenti in secondo grado presso i Tribunali o le Corti d'appello, saranno devolute, nello stato in cui si trovano, alla Magistratura del Lavoro (art. 1 cpv. 1°, 3° r. decr. 1° novembre 1928);

c) che però, per gli appelli proposti contro le sentenze dell'autorità giudiziaria ordinaria (Pretori o Tribunali) nel periodo transitorio che va dal 1° ottobre 1928 al 31 marzo 1929, accanto alla competenza, di cui ora si è discorso, dell'autorità giudiziaria ordinaria di secondo grado, si ha una competenza *concorrente facoltativa* della M. del L., la quale, anche prima del 1° aprile 1929 « può decidere gli appelli che « siano proposti davanti alla medesima secondo le norme del r. decr. « 26 febbraio 1928 » (art. 1 cit. cpv. 1°). Non è detto nella legge se tale competenza facoltativa presupponga l'accordo di ambedue le parti per adire la M. del L. invece dell'autorità ordinaria, o se la M. del L. possa decidere sulla impugnativa propostale dall'appellante anche se l'appellato si opponga, o se la M. del L. possa, nonostante la concordia delle parti, dichiararsi incompetente.

5. La surriportata sentenza della M. del L. fiorentina ha preliminarmente deciso una questione di competenza, sollevata, *prima della pubblicazione del r. decr. 1° novembre* 1928, dalla difesa dell'appellato; il quale sosteneva che, in base all'art. 25 del r. decr. 26 febbraio 1928, gli appelli contro le decisioni di controversie del lavoro pronunciate in primo grado dall'autorità giudiziaria ordinaria (in questo caso Tribunale in sede fallimentare, su credito di indennità di licenziamento vantato da impiegati contro una banca fallita) devono, fino al 31 marzo 1929, essere portati non alla M. del L., ma all'autorità giudiziaria ordinaria di secondo grado (che in questo caso sarebbe stata la Corte d'Appello in sede ordinaria). La questione poi ha perduto di importanza per via, perché nelle more del giudizio di appello, è sopravvenuto il r. decr. 1° novembre 1928, che l'ha risolta legislativamente nel

senso già visto (retro, n. 4 lett. *c*). Ma giustamente la M. del L. ha rilevato, nella sua diligentissima motivazione che, quand'anche quel r. decr. 1° novembre 1928 non fosse sopraggiunto, il combinato disposto dell'art. 17 e dell'art. 25 del r. decr. 26 febbraio 1928 sarebbe bastato a far ritenere che, a partire dal 1° ottobre 1928 la competenza d'appello spettava, anche in un caso come quello deciso, alla M. del L.: il r. decr. 1° novembre 1928 non ha fatto altro che rendere *facoltativa* nel periodo 1° ottobre 1928 — 31 marzo 1929 quella competenza di secondo grado della M. del L., che, secondo il r. decr. 26 febbraio 1928 sarebbe stata, per gli appelli nuovi proposti in tale periodo, *esclusiva*.

6. — Connessa con la questione della competenza d'appello nel periodo transitorio, è la questione della forma dell'appello nello stesso periodo. Tale questione si è presentata alla M. del L. nella causa Rizza c. Barbettani, ed è stata decisa colla sentenza 11 dicembre 1928, anch'essa sopra riportata con nota dell'avv. Luigi Rocchi. In quella sentenza la M. del L. non ha potuto tener conto, per ragioni di tempo, del r. decr. 1° novembre 1928, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* il 10 dicembre; e quindi ha deciso la questione soltanto in base al r. decr. 26 febbraio 1928.

E, in base alle disposizioni di quel decreto, l'ha decisa bene. Contro una sentenza di una Commissione provinciale dell'impiego privato in data 11 settembre 1928, notificata il 26 settembre successivo, il soccombente aveva appellato, con atto di citazione notificato il 1° ottobre 1928 nelle forme del cod. proc. civ., dinanzi alla M. del L.; e soltanto il 5 novembre 1928 aveva depositato nella cancelleria della M. del L. il ricorso, a norma dell'art. 17 del r. decr. 26 febbraio 1928, il quale, per la forma dell'appello, rinvia alle norme del r. decr. 1° luglio 1926 (art. 74 e sgg.: ricorso depositato in cancelleria, con notificazione alla controparte successiva al deposito). Si trattava di decidere se, avendo la parte soccombente tardato oltre un mese a proporre l'appello sotto forma di ricorso, che per esser valido avrebbe dovuto esser proposto nei quindici giorni dalla notificazione (art. 17 cpv. 1°), potesse valere a salvarla dalla decadenza il fatto che, entro i quindici giorni, essa aveva notificato all'avversario un atto di appello *in forma di citazione*. La Corte ha detto di no; e giustamente, a mio credere.

Secondo il tipo di procedimento adottato dal r. decr. 1° luglio 1926 e dal r. decr. 26 febbraio 1928, l'atto introduttivo del giudizio (di primo o di secondo grado) è costruito non come un invito rivolto all'avversario affinché comparisca dinanzi al giudice (citazione), ma come un invito al giudice affinché decida (ricorso): ciò corrisponde a un diverso modo di concepire il diritto di azione, che oggi, anche

in Italia, si tende sempre più a considerare non come un diritto privato della parte di fronte alla parte, ma come un diritto pubblico del cittadino di fronte allo Stato. In conformità con questo mutato orientamento concettuale, anche il diritto di appello dev'esser concepito non come un diritto dell'appellante verso l'appellato, ma come un diritto verso lo Stato, personificato nell'organo giudiziario di secondo grado: e affinché questo diritto non sia colpito da decadenza per il decorso del termine di quindici giorni, occorre che la volontà di esercitarlo sia manifestata tempestivamente al soggetto passivo di questo diritto, cioè al giudice di appello mediante ricorso. La manifestazione di volontà indirizzata nel termine non al giudice, ma alla controparte mediante citazione, non salva l'appellante dalla decadenza, come nel processo ordinario non si salverebbe dalla decadenza l'appellante che invece di far nota la sua volontà di appellare alla controparte mediante atto di appello ad essa notificato, si limitasse, nel termine per appellare, a informare della sua intenzione l'autorità giudiziaria mediante ricorso. Secondo la nuova legge l'essenza dell'atto di appello è la invocazione del giudice di secondo grado fatta mediante ricorso nel termine di quindici giorni; una manifestazione di volontà indirizzata a soggetto diverso non impedisce la decorrenza del termine.

Tutto questo era perfettamente esatto fino a quando non era stato emanato il r. decr. 1° novembre 1928; ma non credo che sia diventato meno esatto dopo la emanazione di questo decreto, il quale si riferisce soltanto all'appello contro le decisioni dell'autorità giudiziaria ordinaria (Pretori e Tribunali), non all'appello contro le decisioni delle Commissioni provinciali per l'impiego privato. Per queste, anche dopo quel decreto, il 1° ottobre 1928 continua ad essere la data colla quale è entrato in vigore il nuovo ordinamento dell'appello (in forma di ricorso, nel termine di quindici giorni, alla Magistr. del Lav.).

7. — La pubblicazione del r. decr. 1° novembre 1928 ha avuto invece una importanza determinante in una questione di decadenza di appello, che la M. del L. ha risolto colla sentenza Nufer e Pestelli *c.* Banca Conti.

La sentenza del Tribunale, pronunciata in data 24 luglio-28 agosto 1928 era stata notificata a due litisconsorti soccombenti, in date diverse: ai Pestelli il 29 settembre, al Nufer l'11 ottobre. Cosicché, se a questo caso si fosse dovuto applicare il termine di appello di quindici giorni dalla notificazione, stabilito dal r. decr. 26 febbraio 1928, questo si sarebbe compiuto per i Pestelli col 14 ottobre e per il Nufer col 26 dello stesso mese.

I Pestelli, ritenendo che la forma e il termine per appellare fossero ancora quelli anteriori al r. decr. 26 febbraio, appellarono nei trenta

giorni alla Corte d'appello in sede ordinaria, mediante atto di citazione notificato alla controparte il 27 ottobre; il Nufer, nel termine di quindici giorni dalla notificazione a lui fatta, propose contemporaneamente, in data 26 ottobre, l'appello alla Magistr. del Lav., mediante ricorso, e l'appello alla Corte d'Appello mediante citazione a udienza molto lontana, in modo che la causa potesse venire in decisione dinanzi alla Magistr. del L. prima che dinanzi alla Corte in sede ordinaria.

Assegnata la causa Nufer all'udienza preliminare del 28 novembre, si presentano, in questa stessa udienza, anche i Pestelli come appellanti per adesione.

Da parte dell'appellato si sostenne che i Pestelli (a parte la questione della forma dell'appello adesivo, di cui ora si dirà) erano decaduti dal diritto di appellare per adesione, perché, quando il loro litisconsorte Nufer aveva proposto, in data 26 ottobre, l'appello principale al quale ora essi volevano fare adesione, la sentenza del Tribunale era già passata in giudicato nei loro confronti, essendo già trascorso per loro, fino dal 14 ottobre, il termine di quindici giorni decorrente dalla notificazione della sentenza, fatta ad essi assai prima che al Nufer. Se non fosse sopravvenuto il decr. 1° novembre 1928, l'eccezione di decadenza sarebbe stata fondata: poiché è noto che « l'adesione può proporsi anche dopo scaduto per l'aderente il termine per appellare, *purché questo non fosse ancora scaduto al momento in cui il litisconsorte appellava* » (CHIOVENDA, *Principii*, pag. 994). Ma il decr. 1° novembre 1928 ha cambiato la situazione: se fino al 1° aprile 1929 l'appello principale contro una decisione dell'autorità giudiziaria ordinaria è regolarmente proposto nei trenta giorni invece che nei quindici, con citazione invece che con ricorso, vuol dire che l'appello principale interposto dai Pestelli nel termine di trenta giorni mediante citazione è bastato ad impedire il passaggio in giudicato nei loro confronti della sentenza di primo grado: cosicché essi, quando si sono presentati dinanzi alla Magistr. del Lav., a fare adesione all'appello presentato dal Nufer, avevano difronte non una sentenza già passata in giudicato nei loro rispetti, ma una sentenza da loro stessi tempestivamente impugnata in via principale dinanzi alla Corte d'Appello, cioè dinanzi a quell'organo di secondo grado che fino al 31 marzo 1929 ha competenza, concorrente colla Magistr. del Lav., su tali appelli.

Se la Magistr. del Lav. avesse in questo caso diversamente deciso, dichiarando i Pestelli decaduti dal loro appello per adesione, essi avrebbero potuto indubbiamente, in virtù del r. decr. 1° novembre 1928, far decidere entro il 31 marzo 1929 dalla Corte d'Appello in sede ordinaria (o, dopo quella data, dalla Magistr. del Lav.), il loro appello principale, tempestivamente proposto mediante citazione: la sentenza della Magistr. del Lav. che ha ammesso senz'altro l'appello adesivo, è

saggiamente giunta allo stesso risultato sostanziale, col vantaggio della economia dei giudizî e della unicità di decisione su cause strettamente connesse.

8. — Dalla difesa della Banca Conti fu anche eccepita la irritualità dell'appello adesivo dei Pestelli, proposto mediante comparsa nella udienza avanti il presidente (art. 79 r. decr. 1° luglio 1926); e si sostenne che l'appello adesivo avrebbe dovuto, per analogia, essere proposto con ricorso nelle forme dell'intervento (art. 78 decr. cit.).

Rettamente la Magistr. del Lav., ha respinto tale eccezione: non solo perché non è facile trovare una ragione di analogia fra l'appello adesivo della parte, mediante il quale si riproduce in appello una situazione processuale che già esisteva in primo grado, e l'intervento di un terzo, mediante il quale si aggiunge alle parti un altro soggetto, che modifica la originaria situazione processuale; ma anche — e soprattutto — perché all'analogia si può ricorrere soltanto *quando la legge non dispone* (o direttamente, o *indirettamente mediante rinvio*). Ora nel caso nostro non si può dire che manchi una precisa disposizione sulla forma che l'appello adesivo deve avere dinanzi alla Magistr. del Lav.

L'art. 17 del r. decr. 26 febbraio 1928 stabilisce che l'appello in materia di controversie individuali del lavoro « è proposto secondo le norme degli artt. 74 e seguenti del r. decr. 1° luglio 1926 n. 1130 ».

È dunque in quest'ultimo decreto che bisogna cercare la soluzione: la quale è data non da una norma che appositamente regoli la forma dell'appello adesivo, ma, in mancanza, dall'art. 101, secondo il quale « dove la legge 3 aprile 1926 e le presenti norme non dispongano, si applica il Codice di proc. civ. »; nel quale si trova appunto l'art. 488, che fa al caso nostro. La forma dell'appello adesivo sulle controversie individuali del lavoro è dunque regolata espressamente, seppure indirettamente, mediante un doppio rinvio dal r. decr. 26 febbraio 1928 al r. decr. 1° luglio 1926 e da questo al Codice di proc. civ.: parlare di analogia è fuori di luogo, perché dell'analogia manca qui il primo presupposto.

Come risulta incidentalmente dalla stessa motivazione della sentenza surriportata, la difesa della Banca appellata aveva anche sostenuto che, quando pure fosse stato applicabile al caso l'art. 488 cod. proc. civ., si doveva caso mai applicare quella parte di detto articolo che si riferisce all'antico procedimento *formale* (comparsa depositata in cancelleria « nel termine stabilito per rispondere all'atto di appello »), perché, a detta dell'appellato, il procedimento che si segue dinanzi alla Magistr. del Lav. per il decr. 1° luglio 1926, sarebbe un procedimento nel quale le forme devono essere rigorosamente osser-

vate, e quindi un procedimento... « formale ». Ma la Magistr. del Lav., si è facilmente liberata anche di questo ingegnoso giuoco di parole: il procedimento oggi seguito nelle controversie del lavoro è un notevole passo in avanti, verso l'oralità e la concentrazione, e non un ritorno alle lungaggini della istruttoria scritta, proprie del procedimento « formale »; e se in qualche sua disposizione sembra più rigoroso e più energico di quello, chiamato « sommario » per ironia, che tuttora si segue nelle controversie ordinarie, ciò non autorizza davvero a considerarlo come un procedimento più « formalistico » di quello sommario; né tanto meno a desumere da questo suo preteso carattere « formalistico » una qualsiasi parentela, basata soltanto su una vaga consonanza di parole, con quel procedimento « formale », che nessuno pensa a ritirar fuori dal suo non lacrimato sepolcro!

XVII

APPELLO CIVILE (*)

Nel periodo dell'*ordo iudiciorum*, la *appellatio* è il mezzo per invocare, non contro la sentenza del giudice ma contro il decreto reso dal magistrato *in iure*, allo scopo puramente negativo di paralizzarne gli effetti, la *intercessio* di una *par maiorve potestas*; solo nel processo *extra ordinem*, in seguito alla trasformazione in senso burocratico operatasi coll'Impero anche nell'amministrazione della giustizia, l'*appellatio* assume il carattere di un ricorso gerarchico portato al funzionario superiore (in origine immediatamente all'imperatore), contro la decisione del funzionario inferiore, allo scopo positivo di ottenere in luogo di essa una decisione più favorevole: con la possibilità di rinnovare tale ricorso più di una volta, risalendo ad uno ad uno i gradi della gerarchia fino a giungere ai *suprema auditoria principis*.

L'*appellatio* romana, pur essendo una lagnanza contro l'ingiustizia della sentenza appellata (*iniquitatis sententiae querellam*, la chiama Ulpiano, *Dig.*, IV, 4, *de minoribus*, 17), non ha il carattere di un attacco personale contro il primo giudice, com'è sovrattutto dimostrato dalla facoltà che hanno le parti (almeno nel diritto post-classico) di sottoporre al giudice di appello, nella nuova trattazione della stessa controversia che ha luogo dinanzi a lui, nuovi elementi di giudizio (*ius novorum*) della cui trascuranza il primo giudice non è imputabile, perché gli furono ignoti; con ciò l'*appellatio* romana si differenzia nettamente dalla « disapprovazione della sentenza » degli antichi processi germanici (*Urtheilsschelte*: onde la *blasphematio iudicii* di alcune leggi barbariche e la *faussation de jugement* del diritto feudale francese), la quale, essendo un'accusa di aver mal giudicato diretta personalmente contro l'*Urtheiler*, prima che la sentenza da questo

---

(*) [Voce pubblicata nella *Enciclopedia italiana*, vol. III, Roma, Istituto G. Treccani, 1929, pp. 729-733, con successiva nota di aggiornamento nella II Appendice, vol. I della stessa *Enciclopedia*, Roma, 1948, pp. 214-215]. [*Bibliografia*, nn. 158, 439].

« trovata » venisse proclamata dal *Richter*, dava origine a una nuova controversia tra l'*Urtheiler* e l'attaccante.

Nel diritto statutario e nel diritto comune l'appello conserva nelle sue grandi linee l'impronta romana: nell'intreccio di giurisdizioni e nella conseguente incertezza di competenze che distingue il periodo intermedio, si nota nelle legislazioni una comune tendenza a limitare il numero degli appelli, prescrivendo che la conformità di due o di tre sentenze rese nella causa stessa da due o da tre giudici di diverso grado (principio della *doppia conforme* o, in altre legislazioni, della *tripla conforme*) escluda ogni ulteriore appello; e altresì a istituire e a disciplinare apposite magistrature permanenti in appello, quasi sempre in più gradi, culminanti in un supremo tribunale di *ultima istanza* (di *terza istanza*, nella sua forma più semplice), istituito presso il sovrano.

Un'ulteriore semplificazione nell'ordinamento delle magistrature d'appello è introdotta dalla rivoluzione francese, col principio del doppio grado di giurisdizione (*il y aurait deux degrés de jurisdiction en matière civile*; decr. 1° maggio 1790), in forza del quale, dopo il primo giudizio, è ammesso un unico riesame totale (*in facto* e *in iure*) della controversia dinnanzi a un giudice superiore: le sentenze dei giudici di appello sono perciò inappellabili e solo soggette al parziale controllo della corte di cassazione (limitato alla *quaestio iuris* e indirizzato a uno scopo diverso da quello dell'appello: v. voci CASSAZIONE e CORTE DI CASSAZIONE).

Così nella legislazione processuale civile italiana (artt. 465-493 cod. proc. civ.; r. decr. 31 agosto 1901, n. 413, artt. 50-54; legge 15 settembre 1922, n. 1287, che modifica la competenza dei pretori e conciliatori, art. 4) passa, attraverso i codici degli stati anteriori all'unificazione, l'appello d'origine romana, elaborato dalla dottrina del diritto comune, limitato secondo il sistema francese del doppio grado di giurisdizione: né molto si differenzia da questo schema generale (qualche divergenza di particolari sarà notata in seguito) l'istituto analogo accolto dalle altre legislazioni processuali del continente europeo.

La giustificazione logica dell'appello viene comunemente trovata nella possibilità di errore che è insita in ogni umano giudizio, e nella probabilità che gli errori del primo giudice possano esser corretti attraverso un secondo esame fatto da un giudice diverso. Ma chi garantisce che il secondo giudice decida meglio del primo? *Neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententias laturus est* (Ulpiano, *Dig.*, XLIX, 1, *de appellationibus*, 1 pr.).

La risposta a questo dubbio fu cercata un tempo nella reiterazione degli appelli, allo scopo di ottenere quella conformità di due o più sentenze, che sembrava garanzia suprema di giustizia. Ma nel sistema

del doppio grado la garanzia della conformità viene a mancare, se il giudice d'appello decide diversamente dal primo giudice, né può esser cercata in ulteriori istanze: resta da spiegare, in tal caso, perché la seconda sentenza debba razionalmente prevalere sulla prima disforme (sistema della *posteriore prevalente*: Carnelutti). La ragione di tale prevalenza non sta nel vincolo di subordinazione gerarchica tra magistrati di diverso grado, inconciliabile col principio moderno dell'indipendenza dei giudici; ma soltanto nella minor probabilità di errori che è insita nel giudizio di secondo grado, sia perché le maggiori garanzie offerte dalla costituzione personale delle magistrature d'appello (collegialità, anzianità, selezione, ecc.) rendono il loro responso più autorevole di quello dei primi giudici, sia perché è più facile per il secondo giudice, che può giovarsi dell'insegnamento del primo grado e valutarne oggettivamente i risultati, guardarsi dal ricadere negli stessi errori. Il giudice di appello giudica bene non tanto *benché*, quanto *perché* il primo giudice ha giudicato male: anche l'errore è infatti una tappa verso la verità. Non vale quindi obiettare che, se il giudice di appello offre maggiori garanzie di retta sentenza, sarebbe più semplice risparmiare il primo grado e portare senz'altro la causa alla decisione del secondo: si dimentica con ciò che la sparizione del primo grado toglierebbe al giudice d'appello tutti i vantaggi che gli derivano dalla sua odierna funzione di controllo e di riesame.

Si aggiunga che quando nel giudizio di appello è riconosciuto il *ius novorum*, il secondo grado permette alle parti d'integrare e di perfezionare la loro difesa attraverso l'esperienza delle manchevolezze del primo grado: con che però si rischia di spostare il centro di gravità del processo dal primo al secondo grado (Wach) e di trasformare il giudizio di primo grado in una specie d'introduzione, diremmo quasi di prova generale, del giudizio di appello.

Il rimedio processuale dell'appello trova il suo indispensabile complemento nell'ordinamento giudiziario: il principio del doppio grado di giurisdizione non significa soltanto che, di regola, ogni sentenza di primo grado è appellabile, ma significa altresì che, al disopra di ogni giudice di primo grado, dev'essere istituito un giudice superiore (eccezionalmente si ebbe in Francia per pochi anni il sistema dell'appello reciproco fra tribunali dello stesso grado; decr. 16-24 agosto 1790), al quale possa esser chiesto, mediante l'appello, il riesame della controversia. Di qui la contrapposizione tra giudici di *primo grado* (o di *prima istanza*) e giudici di *secondo grado* (o di *seconda istanza* o di *appello*).

Invèce di adottare una gerarchia giudiziaria, teoricamente concepibile, composta di un unico tipo di giudici di primo grado e di un unico tipo di giudici di appello al disopra dei primi, il nostro ordina-

mento ha posto l'appello in armonia col sistema della *tripartizione della competenza di primo grado*. Stabilito che la competenza di primo grado spetta, secondo il valore delle controversie, a tre diversi tipi di giudici (conciliatori, pretori, tribunali: artt. 70, 71, 84 cod. proc. civ., modificati dalla legge 15 settembre 1922, n. 1287; legge sull'ordinamento giudiziario, testo unico 30 dicembre 1923, n. 2786, art. 1), si sono parallelamente istituiti tre diversi tipi di giudici di appello, determinati in modo che per ciascun giudice di primo grado funzioni da giudice di appello, in quanto sia possibile, il giudice di primo grado competente per le controversie di valore superiore; così per i conciliatori sono giudici di secondo grado i pretori, e per questi i tribunali. Al disopra dei tribunali, non essendovi altri giudici di primo grado, si sono istituite, con funzioni di secondo grado, le corti d'appello (v. voce CORTE D'APPELLO): in tal modo, mentre il conciliatore è sempre giudice di primo grado, e la corte d'appello è sempre, di regola, giudice di secondo grado, nei pretori e nei tribunali alla competenza di primo grado per certe controversie va unita la competenza di secondo grado per le controversie di valore inferiore (artt. 83, 84, n. 2, 87 cod. proc. civ.). Giudice di appello contro le sentenze pronunciate da pretori e da tribunali su controversie individuali del lavoro è la magistratura del lavoro (r. decr. 26 febbraio 1928, n. 471, art. 17); contro le sentenze dei tribunali regionali delle acque pubbliche si appella al tribunale superiore delle acque pubbliche (r. decr. 9 ottobre 1919, n. 2161, art. 69). Contro i lodi arbitrali, si appella al tribunale o alla corte d'appello (art. 29 cod. proc. civ.), o alla magistratura del lavoro nel caso previsto dall'art. 3 r. decr. 26 febbraio 1928, n. 471.

La competenza per grado ha carattere funzionale, ed è perciò inderogabile: non solamente in relazione al grado, ma altresì in relazione alla sede del giudice di secondo grado (l'appello non può esser portato che al giudice di secondo grado nella cui circoscrizione è compreso il giudice di primo grado). Non è ammessa la rinuncia preventiva all'appello (eccezioni: art. 28, n. 3, cod. proc. civ.; art. 21 r. decr. 26 marzo 1911, n. 331), ed è vietato di proporre in appello domande non proposte in primo grado (art. 490 cod. proc. civ.), o d'investire direttamente della decisione il giudice di appello, saltando il primo grado (appello *omisso medio*, frequente nel diritto comune, eccezionalmente ammesso dagli artt. 3 legge 15 settembre 1922, n. 1287; 12 r. decr. 20 settembre 1922, n. 1316; r. decr. 2 dicembre 1923, n. 2595), o di ricorrere direttamente in cassazione contro la sentenza di primo grado, saltando il giudizio di appello (com'è ammesso, dopo le novelle del 1924, dalla proc. civ. germanica, § 566 *a*, che, sull'accordo delle parti, permette la *revisio per saltum* sull'esempio del procedimento inglese di *statement of a special case*).

L'appello, insieme con l'opposizione contumaciale, costituisce il gruppo dei mezzi ordinarî per impugnare le sentenze (art. 465 cod. proc. civ.). La distinzione adottata dalla nostra legge, tra mezzi ordinarî e mezzi straordinarî, ha il suo fondamento razionale nella diversa funzione che questi due gruppi di rimedî esercitano nella formazione del giudicato. Mentre i mezzi d'impugnativa straordinarî partono dal concetto (comune anche alle azioni d'impugnativa ammesse dal diritto sostanziale contro i negozî giuridici difettosi) che anche il giudicato già formatosi possa esser rescisso quando sia affetto da determinati vizî, i mezzi ordinarî (o mezzi di gravame in senso stretto) si basano sull'idea che, prima della formazione del giudicato, si possa procedere a uno o più riesami della controversia, in modo che, tra più sentenze emanate in queste diverse fasi dello stesso processo, solo l'ultima passi in giudicato. Nel primo caso il diritto alla rescissione della sentenza viziata esiste solo in quanto si dimostri l'esistenza del vizio, sicché il giudice d'impugnativa deve innanzi tutto esaminare se il motivo d'impugnativa è fondato (*iudicium rescindens*), e solo in caso affermativo passare al riesame del merito (*iudicium rescissorium*); nel secondo caso il diritto al riesame della controversia esiste per il solo fatto che la prima sentenza è stata pronunciata in una fase del processo che può per legge esser seguita, a richiesta del soccombente, da una fase ulteriore, nella quale il giudice d'impugnativa decide *ex novo* sul merito, come se la sentenza precedente, anche se immune da vizî, non fosse stata emanata.

I mezzi d'impugnativa possono essere raggruppati anche in base a criterî estrinseci, diversi da quello fondamentale ora esaminato: così possono esser distinti secondo che siano portati allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata, o a giudice diverso (gravami di riparazione e gravami di rinnovazione, nella terminologia del Carnelutti). L'appello appartiene alla seconda categoria; esso è il mezzo ordinario per passare dal primo al secondo grado di giurisdizione, ossia per provocare dinnanzi al giudice superiore il riesame della controversia già decisa dal giudice di primo grado.

Il diritto di appello non è dato, dunque, in quanto la sentenza appellata sia difettosa, ma in quanto la sentenza appellata è di primo grado; esso non è il diritto a ottenere una sentenza più favorevole di quella appellata, ma il diritto a ottenere dal giudice superiore una nuova sentenza di merito (che può anche avere lo stesso contenuto della prima). Oggetto del giudizio di appello non è la sentenza del primo giudice, ma direttamente il rapporto controverso: e, anche se il giudice di appello dà torto in merito all'appellante, confermando (come inesattamente si dice) la sentenza appellata, non nega con ciò il diritto di gravame, il quale, con la pronuncia di una nuova sentenza

in merito, è senz'altro riconosciuto e soddisfatto. S'intende come i motivi dell'impugnativa abbiano nell'appello importanza del tutto secondaria: mentre per i mezzi straordinarî l'infondatezza dei motivi vuol dire inesistenza del diritto d'impugnativa, per l'appello l'infondatezza dei motivi può produrre una sentenza di merito sfavorevole all'appellante, ma non distrugge il diritto di gravame. Il diritto di appello è negato soltanto quando il giudice di secondo grado si rifiuta preliminarmente (perché mancano le speciali condizioni del diritto di appello: cfr. oltre) di procedere al riesame della controversia.

Della struttura dell'appello la dottrina del diritto comune ha messo in luce soprattutto due aspetti: quelli che anche oggi si sogliono designare con le espressioni tradizionali di *effetto sospensivo* ed *effetto devolutivo* dell'appello.

a) La sentenza soggetta ad appello non passa in giudicato e, normalmente, non è titolo esecutivo: essa non acquista i caratteri d'irrevocabilità e di esecutività fino a quando non sia giuridicamente certo che il soccombente non voglia o non possa valersi del suo diritto di provocare il passaggio della controversia al giudice superiore. Si parla, per questo, di effetto sospensivo dell'appello: per il nostro diritto l'espressione è però inesatta, perché la sospensione non deriva (com'era nel diritto romano e com'è oggi in parte nel diritto francese) dall'effettiva proposizione dell'appello, ma dalla pendenza del termine per appellare, o, qualora il gravame sia stato proposto nel termine, dalla pendenza del giudizio di appello (art. 482 cod. proc. civile). Ma la proposizione dell'appello non fa cadere nel nulla la sentenza appellata (come fu sostenuto nel diritto comune in cui s'insegnava che l'appello riportava la controversia *ad terminos litis contestatae*), poiché essa, anche dopo la proposizione del gravame, non perde, ove questo non porti alla pronuncia di una nuova sentenza di merito, la possibilità di passare in giudicato. La dottrina è divisa nel definire la condizione giuridica della sentenza soggetta a gravame: alcuni la considerano come soggetta a condizione legale risolutiva (Mortara), altri come soggetta a condizione legale sospensiva (Vassalli), altri ancora una mera situazione giuridica, che può diventare una sentenza solo col sopraggiungere di ulteriori elementi (Chiovenda).

In casi tassativamente stabiliti dalla legge (art. 363 cod. proc. civ.), la sentenza soggetta ad appello, pur non avendo autorità di giudicato, può dallo stesso giudice di primo grado essere accompagnata dalla clausola di *provvisoria esecuzione*: la quale dà diritto alla parte vincitrice in primo grado di procedere all'esecuzione forzata, mentre è ancora aperto il termine per appellare, o mentre pende il giudizio d'appello. L'esecuzione provvisoria, domandata in primo grado e non concessa, può esser chiesta in via incidentale al giudice d'appello

(art. 483 cod. proc. civ.); al quale d'altro lato la parte ai cui danni la esecuzione provvisoria sia stata ordinata fuori dai casi dalla legge indicati, può chiedere l'inibitoria (art. 484 cod. proc. civ.; art. 53 r. decr. 31 agosto 1901, n. 413).

b) Si parla d'effetto devolutivo per indicare che l'interposizione dell'appello fa passare nel giudice di secondo grado la cognizione piena e immediata della controversia già decisa dal primo giudice: ciò corrisponde alla natura del giudizio d'appello, che è, come si è detto, un riesame del merito, non un *iudicium rescindens* sull'esistenza dei motivi d'impugnativa.

Perché si abbia il diritto d'appello occorrono le seguenti speciali condizioni (tra le quali, per le ragioni già dette, non è la fondatezza dei motivi di appello):

a) *Sentenza appellabile.* — Per l'art. 481 cod. proc. civile sono appellabili tutte le sentenze di primo grado, definitive o interlocutorie, salvo che la legge le abbia dichiarate inappellabili per la tenuità del valore, o per la natura del procedimento, o perché emesse in unico grado da un giudice che non ha un secondo grado al disopra di sé, o per altre ragioni (cfr. legge 15 sett. 1922, n. 1287, art. 1, capov. ultimo; r. decr. 26 febb. 1928, n. 471, art. 17; artt. 655, 702, 738 cod. proc. civ.; art. 913 cod. comm.; artt. 128, 257 cod. proc. civ.; r. decr. 2 dicembre 1923, n. 2595; art. 88 r. decr. 1° luglio 1926, n. 1130; art. 941 cod. proc. civ., ecc.). Sono appellabili anche le sentenze contumaciali (art. 467 capov.; art. 481 capov. cod. proc. civ.). L'appellabilità delle interlocutorie contraddice ai principî del processo romano, seguiti dalle più moderne legislazioni processuali (cfr. art. 485 cod. proc. pen., e r. decr. 26 febbraio 1928, n. 471, art. 17, secondo il quale le interlocutorie sono appellabili soltanto insieme con la sentenza definitiva, conformemente al § 519 proc. civ. germanica e § 462 proc. civ. austriaca).

b) *Legittimazione ad appellare.* — Il diritto di appello spetta solo a chi fu parte nel primo giudizio (compreso il sostituto processuale e l'interveniente), non ai terzi (diversamente nel diritto romano e comune). Eccezioni a questo principio: artt. 841 e 842 cod. proc. civ.; art. 23 legge 24 maggio 1903, n. 197, sul concordato preventivo. In caso di pluralità di parti soccombenti in primo grado e quindi interessate ad appellare, cfr. artt. 470 e 471 cod. proc. civ.; in caso di pluralità di parti vincitrici, cfr., per la legittimazione passiva, l'art. 469 cod. proc. civ. (integrazione del giudizio).

c) *Soccombenza.* — Condizione del diritto d'appello è che l'appellante si senta gravato dalla sentenza contro la quale appella: in caso di soccombenza reciproca, ciascuna parte può appellare contro i capi della sentenza che le hanno dato torto.

d) *Termine per appellare.* — Il diritto di appello può essere esercitato prima dell'inizio, ma non oltre la scadenza del termine perentorio (art. 466 cod. proc. civ.), decorrente dalla notificazione della sentenza (art. 467 cod. proc. civ.), che si fa a istanza di parte (diversamente per l'art. 102 r. decr. 9 ottobre 1919, n. 2161). Il termine d'appello dura trenta giorni (art. 485 cod. proc. civ. modificato dall'art. 4 legge 15 settembre 1922), se non è stabilita dalla legge per casi speciali una durata minore (quindici giorni per gli artt. 656 e 703 cod. proc. civ., art. 17 r. decr. 26 febb. 1928; dieci giorni per l'art. 2 legge 28 luglio 1895, n. 455, sui conciliatori, ecc.). Possono essere proposti anche dopo scaduto il termine: l'appello incidentale (art. 485 capov. ultimo) e l'appello per adesione (art. 488).

Il diritto d'appello si perde per rinuncia esplicita, o implicitamente derivante da accettazione espressa o tacita della sentenza di primo grado (art. 465, capov. ultimo, cod. proc. civ.).

L'appello *principale* (contrapposto all'appello incidentale e adesivo) si propone al giudice *ad quem* (diversamente nella proc. civ. austriaca § 465 nella quale è proposto al giudice *a quo*, come avveniva nel processo romano: cfr. art. 129 cod. proc. pen.), con atto di citazione (art. 486 cod. proc. civ.) o, in alcuni procedimenti speciali, con ricorso (r. decr. 9 ott. 1919, n. 2161, art. 102; r. decr. 1° luglio 1926, n. 1130, art. 74; r. decr. 26 febbraio 1928, n. 471, art. 17).

Nel giudizio di appello si segue lo stesso procedimento dei giudizî di prima istanza (r. decr. 31 agosto 1901, n. 413, art. 50 segg.). Speciali disposizioni concernono l'appello *incidentale* (gravame riconvenzionale, con cui l'appellato, sui capi in cui sia restato soccombente, appella a sua volta contro l'appellante principale) e l'appello *adesivo* (gravame del litisconsorte che ha interesse comune all'accoglimento dell'appello principale), i quali si propongono con comparsa alla prima udienza in cui si tratta la causa (artt. 485 e 488 cod. proc. civ.; 54 r. decr. 31 agosto 1901, n. 413). Sugli effetti dell'inefficacia dell'appello principale, o della rinuncia al medesimo, sull'appello incidentale, cfr. art. 487 capov. ultimo.

Conseguenze particolarmente rigorose ha la contumacia dell'appellante: la quale dà origine al *rigetto dell'appello senza esame* (art. 489 cod. proc. civ.; art. 51 r. decr. 31 agosto 1901, n. 413), che si può considerare o come un caso eccezionale di soccombenza in merito basata sul solo fatto della contumacia (Chiovenda), o come una preclusione del diritto di appello, con conseguente passaggio in giudicato della sentenza in primo grado. Per l'intervento nel giudizio di appello, cfr. art. 491 cod. proc. civ.

Oggetto del giudizio di appello non è, come del giudizio di cassazione, il diritto d'impugnativa, ma immediatamente il rapporto so-

stanziale controverso (effetto devolutivo) il quale, per il principio del doppio grado, dev'essere lo stesso rapporto già deciso dal primo giudice; altrimenti, mancherebbe al giudizio di appello la giustificazione razionale, già notata, derivante dalla reiterazione dell'esame sulla stessa controversia. Da ciò il divieto, la cui trasgressione è rilevabile d'ufficio, di proporre domande nuove in appello, anche in forma di riconvenzione, e di variare gli elementi della domanda iniziale (art. 490 cod. proc. civ.: disposizione intesa con una certa larghezza dalla giurisprudenza, specialmente per quanto attiene alla variazione in appello della *causa petendi*).

La controversia già decisa in primo grado passa intera alla cognizione del giudice di secondo grado solamente in quanto l'appello investa l'intera sentenza di primo grado: se questa ha più capi, e l'appello è diretto solo contro alcuni di essi, sugli altri si forma il giudicato (art. 486 capov. ultimo), e la cognizione del giudice d'appello è ristretta ai soli capi impugnati (*tantum devolutum quantum appellatum*); i capi favorevoli all'appellante, non investiti dal suo gravame, possono esser ripresi in esame dal giudice di appello solo in quanto vi sia appello incidentale da parte dell'appellato. Dal principio che l'effetto devolutivo dell'appello opera nei limiti della iniziativa delle parti, la quale, a sua volta, opera nei limiti della soccombenza, la dottrina tradizionalmente desume (non senza qualche recente dissenso: Delitala) la conseguenza che, in mancanza di appello incidentale, la sentenza di secondo grado non può in nessun caso essere più sfavorevole all'appellante della sentenza di primo grado (divieto della *reformatio in peius*).

Entro questi limiti oggettivi, il giudizio d'appello non si limita, come avviene nel diritto austriaco (proc. civ. § 462) e come avveniva nel diritto comune tedesco, a un riesame dei materiali istruttorî già raccolti in prima istanza (*revisio prioris instantiae*); nel nostro diritto l'appello dà origini a un *novum iudicium*, in cui si riapre non solo la fase decisoria, ma altresì la fase istruttoria, con illimitata facoltà nelle parti di proporre nuove eccezioni e nuove prove (*ius novorum*, art. 490 cod. proc. civ., capov. ultimo), e quindi con la possibilità che in appello, pur nei limiti della domanda iniziale, si trattino questioni di diritto e di fatto non trattate in primo grado. Questa riapertura dell'istruttoria non deve però far credere che in seguito all'appello il giudizio di primo grado cada senz'altro nel nulla, sicché il processo si possa ricominciare *ex novo*: se in primo grado, al momento della chiusura della discussione, si erano verificate preclusioni e si erano raccolte prove, queste valgono anche nel giudizio di appello, il quale non può esser quindi considerato, com'è stato detto, quale un « secondo primo grado », ma come « la prosecuzione del procedimento di primo grado ripreso nella condizione in cui si trovava prima della

chiusura della discussione » (Chiovenda). Dal principio che l'appello devolve al giudice superiore la piena cognizione della controversia, e che quindi esso è, nei limiti suesposti, un *beneficium commune* di ambedue le parti, si desume (ma in pratica è materia assai dibattuta) che in secondo grado s'intendano implicitamente riproposte a favore dell'appellato, senza bisogno di appello incidentale, tutte le eccezioni e questioni dedotte in primo grado, sempre che, qualora si tratti di questioni di fatto, siano prodotti in appello gli atti o documenti su cui esse si basano (cfr. per casi speciali, art. 239 reg. gen. giud.; art. 52 r. decr. 31 agosto 1901, n. 413).

Quanto si è detto finora dà ragione della qualifica di rimedio generale tradizionalmente attribuita all'appello (*verbum appello est generale*): nel *novum iudicium* che si svolge in secondo grado, il giudice di appello non solo può correggere gli *errores in iudicando*, di diritto e di fatto, del primo giudice, non solo riparare gli *errores in procedendo* intervenuti nella prima fase, ma altresì prendere in esame, nei limiti del gravame, questioni giuridiche ed elementi di fatto non dedotti in prima istanza. Data questa latitudine dei poteri del giudice di appello, il principio del doppio grado di giurisdizione dev'essere inteso non nel senso di doppia pronuncia su questioni identiche, e neppure nel senso di doppia pronuncia in merito, ma nel senso di doppio invito a conoscere della medesima domanda (Zanzucchi).

Le ragioni per le quali è da scartarsi la prima formula risultano già da quanto si è detto sopra, intorno alla facoltà che ha il giudice di appello di conoscere questioni non proposte in primo grado; ma anche la seconda formula è insufficiente di fronte agli artt. 492-493 del codice di procedura civile. Se, infatti, l'esigenza della doppia pronuncia in merito è rispettata nei casi in cui il giudice di appello, confermando o riformando una sentenza interlocutoria o incidentale, rinvii la causa per il corso ulteriore al giudice di primo grado (art. 492), o in cui faccia questo dopo aver riformato una sentenza definitiva e aver ordinato ulteriori atti d'istruzione (art. 492, capov.), doppia pronuncia in merito può non aversi negli altri casi contemplati da questo articolo, e specialmente nel caso in cui il giudice di appello riformi una sentenza interlocutoria o incidentale e insieme decida definitivamente, senza rinvio, il merito della causa. Il principio del doppio grado, inteso come doppia pronuncia in merito, è salvato anche dall'art. 493 secondo il quale: *a*) quando in prima istanza siasi pronunziato soltanto sulla competenza (o, dicono gl'interpreti, su altro presupposto processuale), anche in appello si pronuncia solo su questa; *b*) quando in appello si annulli la sentenza del primo giudice per incompetenza, non può il giudice d'appello conoscere il merito (nel qual caso l'appello, che a ciò

si presta per il suo carattere generale, esercita la funzione di una vera *querela nullitatis*).

Ma questa seconda regola, che logicamente dovrebbe estendersi, come la prima, a tutti i casi in cui in appello si riconosca la nullità del primo giudizio, considerando che, se il procedimento di primo grado è annullato, il primo grado di giurisdizione viene a mancare, viene interpretata restrittivamente soprattutto dalla giurisprudenza, e limitata, secondo la lettera della legge, al solo caso di incompetenza; cosicché in ogni altro caso in cui il giudice di appello riconosca la nullità del rapporto processuale di primo grado, lo stesso giudice di appello avrebbe il dovere di decidere sul merito. Con che si resuscita una delle forme che nel diritto comune poteva assumere la querela di nullità, della quale si diceva che *devolvit negotium ad cognitionem iudicis superioris ad instar appellationis* (Vantius); ma si viene logicamente a ferire il principio del doppio grado.

Se la sentenza di secondo grado (impugnabile, secondo i casi, con l'opposizione contumaciale, art. 474; con la revocazione, art. 494; con la opposizione di terzo, artt. 510 e 512; col ricorso in cassazione, art. 517 cod. proc. civ.) decide interlocutoriamente o definitivamente il merito, la sentenza di primo grado perde la possibilità di passare in giudicato; ma può darsi che la sentenza di secondo grado si limiti a dichiarare l'inammissibilità dell'appello o l'irregolare costituzione del giudizio di secondo grado; nel qual caso (salva la possibilità di riproporre il gravame, se il termine non sia ancora decorso) la sentenza di primo grado passa in giudicato. Lo stesso accade, se il giudizio di appello si perime (art. 341 capov. cod. proc. civ.), o se l'appellante rinunzia all'appello (art. 345 cod. proc. civ.; cfr. però art. 487 capov. ultimo), prima che nel giudizio di secondo grado sia stata pronunciata altra sentenza.

L'istituto dell'appello, quale è regolato attualmente dalla legislazione italiana, non è destinato a essere profondamente riformato in un prossimo avvenire: tutti i recenti progetti di riforma del nostro processo civile si sono infatti limitati a proporre il divieto della impugnazione isolata delle interlocutorie e qualche modificazione al modo d'introduzione del gravame; ma per il resto hanno mantenuto intatte le grandi linee dell'istituto, soprattutto in ciò che si riferisce al *ius novorum* in seconda istanza. Se la storia dell'appello sembra segnare negli ultimi due secoli una lenta ma costante tendenza alla sua progressiva riduzione (non solo nel limitare il numero degli appelli, ma anche nel restringere l'ambito dell'unico giudizio di appello), non sembra prevedibile che questa tendenza possa spingersi fino all'abolizione dell'istituto, il quale in tutte le legislazioni processuali si mantiene come riconosciuta garanzia di giustizia. È significativo che,

mentre in uno dei progetti che prepararono la legislazione processuale germanica del 1879 (*erster Entwurf der civ. proz. ord.*, 1871) si era giunti a proporre addirittura l'abolizione dell'appello, ritenuto inconciliabile col sistema dell'oralità, e la sua sostituzione con una *revisio in iure* di secondo grado, oggi si delinea nella stessa Austria e soprattutto nella Cecoslovacchia, ov'è in vigore il processo orale, un movimento per trasformare l'appello limitato, che non ammette l'*ius novorum*, in un appello totale (*volle Berufung*), in cui la facoltà delle parti di dedurre in secondo grado nuove prove e nuove difese sia soltanto temperata, com'è attualmente in Germania (§ 529 proc. civ., nella nuova formula in vigore dal 1924) dal potere del giudice di non tener conto delle deduzioni volutamente o colposamente tardive (in questo senso anche l'art. 349 del progetto italiano 1926).

BIBLIOGRAFIA: Ampia bibliografia sull'appello, e in generale sui mezzi di impugnativa in L. MORTARA, *Appello civile*, in *Digesto italiano*, III, Torino 1890, parte 2ª, p. 380 segg.; P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Torino 1920 (specialmente in testa ai varî capi del primo volume e all'inizio del secondo volume). Lavori monografici recenti sull'appello civile nel diritto italiano sono (oltre quanto è detto nei trattati e commentarî generali: cfr. specialmente G. CHIOVENDA, *Principii di dir. proc. civile*, 4ª ed., Napoli 1928, p. 84; F. CARNELUTTI, *Lezioni di dir. processuale civile*, IV, Padova 1925, n. 309 segg.); M. T. ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Modena 1915; G. DELITALA, *Il divieto della reformatio in peius*, Milano 1927.

Per la storia dell'appello e per la legislazione comparata, indicazioni bibliografiche nei lavori sopra citati del MORTARA e del CALAMANDREI; alle quali si può aggiungere, per il periodo più recente: G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, I, Milano 1925, p. 333 segg.; II, *ibidem* 1927, p. 555 segg.; M. PAGENSTECHER, *Die Berufung im neuen Zivilprozessrecht*, Mannheim 1924 (per il dir. germanico); F. KLEINE, F. ENGEL, *Der Zivilprozess Österreichs*, Mannheim 1927, p. 403 segg. (per il diritto austriaco); A. HEUSLER, *Der Zivilprozess der Schweiz*, Mannheim 1923, p. 167 segg. (per il diritto svizzero); R. A. WREDE, *Das Zivilprozessrecht Schwedens und Finnlands*, Mannheim 1924, p. 271 segg. (per il diritto svedese e finlandese).

APPENDICE

Il codice italiano di procedura civile 1942 ha introdotto nella disciplina dell'appello notevoli innovazioni (artt. 323-338 *Delle impugnazioni in generale*, e artt. 339-359 *Dell'Appello*; disp. att. e trans., artt. 128-132 e artt. 206-214; relaz. minist. § 30) che, pur senza alterarne la tradizionale funzione, ne hanno ristretto i limiti, seguendo la tendenza ad accelerare l'andamento del processo e a restituire importanza al giudizio di primo grado ostacolando l'abuso delle impugnazioni, per

giungere più speditamente alla formazione della cosa giudicata. Il decr. legge 5 maggio 1948, n. 483, contenente modificazioni ed aggiunte al codice di procedura civile, segna però un parziale ritorno al passato (artt. 24-29).

Abolita la distinzione, accolta dall'art. 465 del vecchio codice, tra mezzi di impugnazione ordinarî e straordinarî (la quale tuttavia non ha perso, sotto certi aspetti teorici, la sua giustificazione razionale), il codice 1942 ha implicitamente accolto (art. 324) un criterio pratico ed esterno, distinguendo i mezzi di impugnazione proponibili entro un breve termine decorrente dalla notificazione della sentenza, i quali impediscono — fino a quando non siano esauriti — il passaggio di questa in cosa giudicata formale, dai mezzi d'impugnazione proponibili successivamente contro il giudicato. L'appello appartiene al primo gruppo, insieme col ricorso in cassazione e con la revocazione fondata sui motivi di cui ai nn. 4 e 5 dell'art. 395 (e col regolamento di competenza nei casi in cui funziona come mezzo di impugnazione).

L'appello continua ad essere un rimedio generale, che può portare ad un riesame pieno della controversia, *in iure* e *in facto*, per *errores in iudicando* e per *errores in procedendo* (in funzione di querela di nullità: art. 354). Ma mentre sotto la vecchia dottrina si poteva dire senza riserve che l'appello dava sempre luogo a un *novum iudicium*, con implicita ed automatica riproposizione di tutte le domande ed eccezioni già proposte dalle parti in primo grado (effetto devolutivo), ed altresì con possibilità lasciata alle parti di introdurre in appello, con nuove deduzioni e nuove prove, questioni di diritto ed elementi di fatto non conosciuti dal giudice di primo grado (*ius novorum*, art. 490 vecchio cod. proc. civ.), il codice 1942 ha modificato questa figura tradizionale col prescrivere che l'atto di appello debba enunciare i motivi specifici dell'impugnazione (art. 342), con l'abolire l'effetto devolutivo implicito (art. 346) e, soprattutto, con l'abolire lo *ius novorum*, vietando alle parti — ove non esistano gravi motivi accertati dal giudice — di proporre in appello nuove eccezioni, produrre documenti o chiedere l'ammissione di mezzi di prova (art. 345; può tuttavia deferirsi sempre, anche in appello, il giuramento decisorio). Quest'ultima disposizione è stata però abolita dall'art. 25 del decr. legge 5 maggio 1948, che ha ristabilito in appello l'*ius novorum*, con la sola limitazione che la tardività delle deduzioni può aver conseguenze sulle spese del giudizio.

L'abolizione dell'*ius novorum*, introdotta nel codice 1942 contro l'unanime parere della dottrina e dei pratici, doveva essere messa in relazione con quel sistema di rigide preclusioni (artt. 183, 184, 189, 190) col quale il nuovo processo aveva cercato di rivalutare il giudizio di primo grado, abituando le parti a scoprire fin da principio tutti gli

elementi defensionali di cui dispongono e a non tenere in riserva le ragioni più decisive per il giudizio d'appello.

Ma, nonostante queste modificazioni, anche sotto il codice del 1942 l'appello non aveva perduto del tutto il suo carattere, corrispondente alla tradizione romana, di rinnovazione del giudizio (*novum iudicium*) per trasformarsi, com'era detto nella relazione ministeriale, in un semplice mezzo di critica e di controllo della sentenza di primo grado (*revisio prioris instantiae*). La specifica indicazione dei motivi di impugnazione prescritta dall'art. 342 non aveva dato al giudizio di appello il valore di un *iudicium rescindens* (come quello di cassazione o di revocazione), in cui oggetto di indagine fosse solo la sentenza impugnata, per vedere se essa fosse viziata dagli errori denunciati. In appello, oggetto del giudizio era sempre, immediatamente e direttamente, il merito della controversia, non la sentenza appellata e l'indicazione dei motivi — prescritta nell'atto di appello in armonia con la maggior precisione e compiutezza che il codice 1942 esige in ogni atto di citazione (art. 163) — serviva unicamente a determinare entro quali limiti il giudice di appello era invitato a rinnovare l'esame del merito della controversia. D'altra parte, poiché c'era sempre la possibilità che il giudice d'appello riconoscesse l'esistenza di gravi motivi giustificanti nuove deduzioni o nuove prove, non si può dire neanche che il divieto dell'*ius novorum* avesse profondamente alterato la figura tradizionale di questa impugnazione, che in ogni modo è stata in pieno restituita dal decr. legge del 1948.

Numerose sono nel nuovo codice le disposizioni innovatrici di carattere particolare: ne ricordiamo solo alcune che maggiormente si allontanano dalle norme del vecchio codice (alcune delle quali abolite o modificate dal decr. legge del 1948).

a) *Sentenze appellabili* (art. 339). — Sparite dal nuovo processo le sentenze interlocutorie (per tutti i provvedimenti istruttorî è stata adottata la forma dell'ordinanza: artt. 134, 179), immediatamente appellabili erano, per il codice del 1942, soltanto le sentenze *definitive*; quelle *parziali* (art. 279) potevano essere impugnate soltanto insieme con la definitiva (art. 339) purché la parte ne avesse fatta espressa riserva (art. 340); era evitato in questo modo l'inconveniente della ramificazione degli appelli scaturenti tutti dallo stesso ceppo, che si verificava sotto il vecchio codice a causa della appellabilità separata delle interlocutorie. Il decr. legge del 1948 ha ristabilito la separata appellabilità delle sentenze parziali; ma quelle che decidono questioni relative all'istruzione della causa sono appellabili, di regola, soltanto insieme con la definitiva (art. 24 del suddetto decr. legge). La sentenza che pronuncia sulla competenza senza decidere il merito può essere impugnata soltanto con istanza di regolamento di competenza (art. 42);

se pronuncia anche sul merito, la parte interessata può scegliere tra il regolamento di competenza e l'appello (art. 43). È inappellabile la sentenza che il giudice di primo grado ha pronunciato secondo equità (art. 114). La sentenza appellabile del tribunale può essere impugnata direttamente per cassazione se le parti sono d'accordo per saltare l'appello (art. 360, penultimo comma; art. 336, ultimo comma).

b) *Termine per appellare* (art. 325, cfr. art. 358). — È di dieci giorni contro le sentenze dei conciliatori, di trenta contro quelle dei pretori e tribunali con decorrenza dalla notificazione (art. 326); ma — notevole innovazione — indipendentemente dalla notificazione, il diritto di appellare si estingue per decadenza, decorso un anno dalla notificazione della sentenza (art. 327).

c) *Pluralità di parti nel giudizio d'appello* (artt. 331-335). — Allo scopo di evitare che il processo unico svoltosi tra più parti nella fase di primo grado si divida in appello in più diramazioni separate, un rigoroso sistema basato sulla distinzione tra cause inscindibili (art. 331) e cause scindibili (art. 332; cfr. ultimo comma art. 326), porta in ogni caso a riunire in un solo processo, a pena di inammissibilità o di decadenza, tutte le impugnazioni, principali o incidentali, proposte o proponibili contro la stessa sentenza (la terminologia del nuovo codice non fa distinzione tra appello adesivo e appello incidentale).

d) *Procedimento di appello* (artt. 347-357). — Il giudizio di appello, in conformità di quello di primo grado (art. 359), si distingue in due fasi: quella ordinatoria e istruttoria dinanzi all'istruttore (artt. 349-350) e quella decisoria dinanzi al collegio (art. 352); le ordinanze dell'istruttore (art. 350) sono reclamabili dinanzi al collegio (art. 357; cfr. artt. 27, 28, 29 del decr. legge 1948).

Bibliografia: T. Carnacini, *Il litisconsorzio nelle fasi di gravame*, Padova 1937; P. D'Onofrio, *Commento al nuovo codice di procedura civile*, I, Padova 1941, p. 305 segg.; F. Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, II, 3ª ed., Roma 1942, p. 550 segg.; R. Provinciali, *Sistema delle impugnazioni civili secondo la nuova legislazione*, parte gen., Padova 1943; V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, 2ª ed., Napoli 1945, p. 310 segg.; M. T. Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, II, 4ª ed., Milano 1946, p. 193 segg.; S. Satta, *Diritto processuale civile*, Padova 1948, p. 285 segg.

XVIII

APPUNTI SULLA « REFORMATIO IN PEJUS » (*)

Il divieto della *r. i. p.* ha ormai, per il processo penale, i giorni contati. Dopo la serrata critica rivolta a quest'istituto dal DELITALA in un pregevole lavoro pubblicato nel 1927 (1), viene oggi il *Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale* (2), il quale all'art. 520 attribuisce al giudice di appello il potere di riformare in peggio la prima sentenza; e la relazione del Ministro Guardasigilli, premessa al *Progetto*, energicamente afferma le ragioni politiche e giuridiche di questa innovazione (3).

Nel leggere questa parte della relazione ministeriale, mi sono tornate in mente alcune osservazioni che, due anni addietro, avevo annotate in margine al libro del DELITALA: osservazioni che rimasero poi allo stato di appunti, perché mi parve pedanteria insistere su un argomento che l'amico CARNELUTTI, nel recensire quel libro (4), aveva già brillantemente trattato. Oggi però, di fronte alla vittoria che la tesi del DELITALA sta per riportare nel campo della legislazione penale, non mi pare inopportuno trarre fuori dal cassetto quelle mie osservazioni, le quali, esaminando il problema della *r. i. p.* da un punto di vista esclusivamente giuridico, mirano a dimostrare che il divieto della *r. i. p.* è giustificato nel processo civile da ragioni dogma-

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. VI, 1929, P. I, pp. 297-307; ristampato in *Studi*, III, pp. 43-53. Tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 297-307]. [*Bibliografia*, nn. 164, 298].

(1) DELITALA, *Il divieto della « reformatio in peius » nel processo penale*, Milano, 1927.

(2) Costituisce il Vol. VIII dei *Lavori preparatori del Cod. pen. e del Cod. di proc. pen.*, Roma, Tip. delle Mantellate, 1929.

(3) *Ib.*, pag. 101 e segg.

(4) *Sulla « reformatio in peius »*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1927, I, pag. 181 e segg.

tiche, che forse non sussistono nel processo penale, e delle quali, per quanto attiene al processo civile, non mi sembra che la critica del valoroso DELITALA abbia tenuto sufficiente conto.

* * *

Per semplicità, mi limito a trattare della *r. i. p.* in appello.

È noto che l'argomento principale portato contro il divieto della *r. i. p.* in appello è, anche per il processo civile, quello della sua pretesa inconciliabilità logica coll'effetto devolutivo del gravame. Il potere di *reformare i. p.* del giudice superiore viene considerato come una conseguenza necessaria dell'effetto devolutivo: la stretta connessione dei due istituti appare anche materialmente espressa dal surricordato *Progetto*, che li disciplina ambedue come complementari e correlativi in un solo articolo intitolato « *Effetto devolutivo dell'appello; riforma in peggio* » (art. 520) (5). Dato che l'appello non è un'azione di impugnativa *stricto sensu*, ma un mezzo di gravame (6), che fa passare al riesame del giudice superiore la stessa controversia già decisa dal primo giudice, sembra logicamente contrario alla natura dell'appello impedire al secondo giudice, il quale è chiamato a compiere un *novum judicium* sullo stesso *thema decidendum* già sottoposto al giudice inferiore, di decidere, se il suo riesame a ciò lo consiglia, in senso più sfavorevole all'appellante. O si ammette l'effetto devolutivo, e allora il giudice di appello deve avere la stessa libertà ed ampiezza di decisione che aveva il primo giudice nei confronti di ambedue le parti: ovvero i poteri del giudice di appello sono limitati nei confronti dell'appellante dal divieto della *r. i. p.*, sicché il giudice di appello si trova di fronte alla controversia in condizione diversa da quella del primo giudice, e allora non esiste l'effetto devolutivo.

Senonché al rigore di questo dilemma è facile rispondere con una osservazione talmente semplice da apparir perfino fatua: l'effetto devolutivo, appunto perché è *effetto*, non si produce se non in quanto vi sia nella interposizione dell'appello la *causa* che ad esso dà luogo. Dato questo rapporto di causa ad effetto che passa tra la interposizione dell'appello e la devoluzione della controversia al giudice *ad*

---

(5) E nella relazione, pag. 103: « ... ammesso il principio devolutivo... una « volta che l'imputato appella e che il processo viene portato dinanzi al giudice « di secondo grado, questo, se ritiene inadeguata la pena inflitta dal primo giudice, « deve avere il potere di aumentarla; altrimenti il suo giudizio sarebbe incompleto « e incoerente ».

(6) Cfr. su questa distinzione il mio scritto *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Studi*, Vol. I, pag. 186 e segg.

quem, la devoluzione totale potrà essere effetto soltanto di un appello totale; ma se si ammette la possibilità di un appello parziale, si dovrà necessariamente ammettere la possibilità di una devoluzione parziale: *tantum devolutum, quantum appellatum*. Pensare diversamente, ammettendo che una devoluzione totale possa esser la conseguenza di un appello parziale, equivarrebbe ad ammettere che si possa avere, per quella parte di controversia che non è stata investita dall'appello parziale, una devoluzione senza appello: ossia un effetto senza causa.

Osservano peraltro gli avversarî del divieto della *r. i. p.* che la ipotesi dell'appello parziale, cui corrisponde una parziale devoluzione, è espressamente prevista dal legislatore nell'art. 486 cpv. ult. cod. proc. civ.; il quale non costituisce davvero un argomento a favore del suddetto divieto, ma anzi piuttosto un argomento di più per dimostrare che anche *in iure condito* quel divieto è un'arbitraria costruzione della dottrina, non basata sulla legge. L'art. 486, infatti, suppone che la sentenza di primo grado contenga più capi, e che solamente alcuno di essi sia investito dall'appello: in questo caso l'appello parziale, cioè limitato ad alcuni capi della prima sentenza, devolve al giudice *ad quem*, per espressa disposizione di quell'articolo, i soli capi investiti dal gravame; ma questo art. 486 non esclude che, nell'ambito del capo o dei capi investiti dall'appello parziale, possa il giudice *ad quem* riformare in peggio la decisione del primo giudice. Effetto devolutivo parziale della impugnativa limitata ad alcuni capi, e divieto della *r. i. p.* nell'ambito dei capi investiti dall'impugnativa, sono dunque due istituti distinti, di cui il secondo non si può considerare in alcun modo come una conseguenza del primo; la parzialità dell'effetto devolutivo, conseguenza del gravame parziale, si deve intendere *in estensione, non in profondità*: nel senso che la devoluzione non si estende ai capi non impugnati, non già nel senso che la cognizione del giudice *ad quem* sia meno profonda sui capi impugnati, e per ciò devoluti al suo illimitato riesame.

* * *

Autorevoli insegnamenti indicano, tuttavia, proprio nell'art. 486 e nel principio, da esso desumibile, della devoluzione parziale derivante da parziale impugnativa, la giustificazione dogmatica del divieto della *r. i. p.* nel processo civile: così fanno il Chiovenda e il Carnelutti, i quali cercano ambedue, sia pur per diverse vie, di allargare il concetto di « capo » della sentenza fino al punto da poter dimostrare che la *r. i. p.* sarebbe in ogni caso un riesame di capi non impugnati, vietato dall'art. 486. A tale scopo il Chiovenda, nei casi in cui l'oggetto della controversia è divisibile in unità, insegna che implicitamente ad

ogni unità corrisponde un « capo » della sentenza (7); mentre il CARNELUTTI, che si associa alla critica del DELITALA contro questo frazionamento della sentenza in tanti capi quante sono le unità, il quale, a suo dire, finisce col ridurre in polvere la nozione di « capo » (8), arriva a mio credere a un uguale dissolvimento di quella nozione, quando tenta di identificare il concetto di « capo » col concetto, da lui amorevolmente indagato, di « questione » (9).

Ora io credo che per trovare il fondamento dogmatico del divieto della *r. i. p.* non ci sia bisogno di affaticarsi a ragionare intorno al concetto di « capo », per far dire al capoverso ultimo dell'art. 486 più di quanto quella disposizione abbia sempre voluto dire. Secondo me in tanto si ha un « capo », in quanto si abbia quello che, con felice fraseologia chiovendiana, si può chiamare l'accertamento di una singola concreta volontà di legge, cioè un atto giurisdizionale completo e tale da poter costituire da sé solo, anche separato dagli altri capi, il contenuto di una sentenza. Non dunque possono considerarsi come altrettanti capi della sentenza tutte le decisioni di singole questioni di diritto o di fatto che il giudice abbia dovuto risolvere per preparare le premesse del suo sillogismo; ma solo quelle decisioni colle quali il giudice trae dalle premesse le ultime conclusioni, idonee e destinate ad acquistare forza di giudicato.

Ma sulla esatta definizione del concetto di « capo » (per la quale bisogna anche, tra le altre cose, guardarsi dal confondere il significato che questa espressione ha ed ha sempre avuto nel nostro diritto positivo, col significato, seducente ma personalissimo, in cui può essere adoprata nella terminologia di qualche studioso) non è qui il caso di insistere (10); poiché, come ho già detto, ritengo che la giustificazione del divieto della *r. i. p.* si possa e si debba trovare fuori da quelle disposizioni che contemplano la coesistenza di più capi nella sentenza e la impugnativa parziale, cioè limitata ad alcuno di essi.

* * *

Secondo me il divieto della *r. i. p.* trova la sua piena giustificazione dogmatica nella combinazione di due principî: il principio dispositivo (*nemo judex sine actore; ne procedat judex ex officio*) col principio della soccombenza, come condizione di legittimazione ad impugnare.

---

(7) *Principii*, pag. 988: cfr. critica in DELITALA, op. cit., pag. 162.

(8) Scritto cit., pag. 184.

(9) Cfr., oltre lo scritto sopra ricordato, le sue *Lezioni*, vol. IV, nn. 260, 276, 316.

(10) Cfr. il mio scritto *Il concetto di lite*, nel II Vol. degli *Studi*, pag. 359 e segg.

Nel processo civile vale anche in sede di impugnativa il principio per cui il giudice conosce soltanto di quelle controversie di cui lo investe la iniziativa delle parti, e nei limiti di tale iniziativa. Anche in appello il riesame del giudice di secondo grado si esercita solo in quanto le parti lo provochino col loro gravame: anche in appello, come in primo grado, lo sguardo del giudice è imprigionato, per dir così, attraverso la feritoia del principio dispositivo, e non è in grado di vedere se non ciò che le parti portano dinanzi al campo visivo delimitato da questa angusta apertura.

Ma affinché una parte possa, in sede di impugnativa, validamente adoprarsi per far entrare nel campo visivo del giudice il materiale di decisione, occorre che questa parte abbia, in relazione a quelle questioni ch'essa vuol sottoporre al riesame del secondo giudice, la qualità di *soccombente*. È stato recentemente riaffermato anche dalla Corte Suprema, in occasione di una clamorosa causa che ha costituito per i processualisti un caso clinico di straordinario interesse (11), che attivamente legittimata ad impugnare una sentenza è solo la parte soccombente: e il Progetto Carnelutti, espressamente formulando un principio già implicito nel processo civile vigente, ha stabilito nel suo art. 390 (art. 338 del Progetto della Sottocommissione) che (salvo il caso dell'opposizione di terzo) « la impugnazione non può essere pro- « posta se non da chi abbia avuto qualità di parte nel processo im- « pugnato *e vi sia rimasto soccombente* » (12). Si può dubitare se la soccombenza come condizione del diritto di impugnativa si debba più esattamente considerare sotto l'aspetto dell'interesse ad agire o sotto quello della legittimazione. Sotto il primo aspetto la regola consacrata nell'art. 390 del Pr. Carnelutti non sarebbe altro che una applicazione ai mezzi di impugnativa del principio fondamentale consacrato nell'art. 36 del vigente cod. di proc. civile; dato che logicamente ha interesse ad agire in sede di impugnativa solo colui che è rimasto soccombente nel precedente giudizio, la soccombenza viene considerata come condizione del diritto di impugnativa, solo perché essa è la rivelazione esteriore, il sintomo visibile, per così dire, dell'interesse ad impugnare. Ma forse è più esatto considerare la soccombenza sotto il profilo della legittimazione attiva: vi possono essere casi (la vicenda giudiziaria sopra ricordata ne dà un esempio tipico), in cui anche il non soccombente avrebbe interesse ad impugnare la sentenza che gli dà ragione; eppure in questi casi gli si nega il diritto di impugnativa,

---

(11) La causa d'Angelo c. Pecoraino, decisa dalla Corte di Cass. con sentenza del 17 settembre 1925, sulla quale cfr. CARNELUTTI, *Contro il processo fraudolento*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1926, II, 14.

(12) Cfr. CARNELUTTI, scritto citato nella nota precedente, pag. 22.

per mancanza di legittimazione. Il punto di vista è dunque spostato dal concetto di interesse a quello di legittimazione: invece di dire che per impugnare una sentenza bisogna avere interesse a impugnarla, e istituire volta per volta un'indagine di fatto per accertare se tale interesse c'è o non c'è, si dice che per impugnare una sentenza bisogna avere, in relazione ad essa, la qualità di soccombente, intendendo che l'indagine sulla esistenza effettiva dell'interesse resti assorbita e preclusa dalla indagine sulla esistenza di tale qualità, la quale nella massima parte dei casi va di pari passo coll'interesse, ma può anche esserne di fatto scompagnata senza che ciò abbia rilevanza giuridica.

In ogni modo, comunque si concepisca la natura giuridica della soccombenza in relazione al diritto di impugnativa, certo è che l'appellante in tanto può provocare dal secondo giudice una nuova decisione, in quanto abbia, e nei limiti in cui ha, qualità di soccombente. Se una parte appella contro una sentenza che le ha dato ragione, il suo appello è dichiarato inammissibile. L'effetto devolutivo non si opera, nonostante che vi sia una domanda di parte: il giudice *ad quem* deve d'ufficio rilevare che l'appello proposto dal soccombente è inidoneo ad operare la devoluzione. Il principio *tantum devolutum quantum appellatum* va dunque integrato coll'aggiunta di un'ulteriore condizione: tanto devoluto, quanto appellato, *nei limiti della soccombenza dell'appellante.*

Ciò spiega, se non erro, il fondamento giuridico del divieto della *r. i. p.* in appello. Indipendentemente dalla ipotesi di appello limitato ad alcuni capi della prima sentenza, il giudice di appello è tenuto ad esaminare la controversia solo in quei limiti in cui in primo grado l'appellante è stato soccombente e in cui è possibile in secondo grado eliminare tale soccombenza; perché, se egli si spingesse a *reformare i. p.* la prima sentenza, cioè ad aggravare la soccombenza dell'appellante, rendendolo soccombente là dove in primo grado era vincitore, egli verrebbe con questo ad esaminare una parte della controversia, in relazione alla quale, mancando all'appellante la qualità di soccombente ossia la legittimazione ad agire, l'appello non ha avuto, né poteva avere, effetto devolutivo.

Faccio, per chiarezza, un esempio: il solito esempio dell'attore che chiede cento lire e del giudice che condanna il convenuto a cinquanta. Supponiamo, per comodo di dimostrazione, che, in questo caso tipico di soccombenza parziale reciproca, il convenuto appelli: ma non per chieder la riforma della sentenza nei limiti della sua soccombenza (cioè in quanto la sentenza lo ha condannato a pagare cinquanta), sibbene per chieder la riforma della sentenza nella parte in cui gli ha dato ragione (cioè in quanto non lo ha condannato a pagare cento). Che cosa farà il giudice di appello, di fronte ad una così straor-

dinaria richiesta? Naturalmente, in mancanza di appello incidentale dell'attore, dichiarerà inammissibile l'appello proposto dal convenuto, in quanto, chiedendosi la riforma della sentenza in quella parte in cui il primo giudice ha dato ragione all'appellante, l'impugnativa da questo proposta manca di legittimazione. La domanda con cui l'appellante chiedesse al giudice *ad quem* di *reformare i. p.* ai suoi proprî danni la sentenza di primo grado, non verrebbe dunque presa in considerazione: si può dire addirittura che non verrebbe presa sul serio. Ora, se ciò è vero, come si può sostenere che quella *r. i. p.*, che il giudice *ad quem* non potrebbe operare *neanche su domanda di parte*, cioè neanche quando venisse espressamente richiesta da colui al quale nuoce, possa essere operata *d'ufficio* nei casi in cui il soccombente si è limitato ad appellare per ottenere il contrario, cioè la *reformatio in melius* in proprio favore?

In conclusione, per riconoscere al giudice di appello il potere di *r. i. p.* a carico dell'appellante, senza bisogno di appello incidentale della controparte, bisognerebbe ammettere: o che possa una parte efficacemente devolvere al giudice *ad quem* una controversia su cui il primo giudice le ha dato ragione, e con ciò si contraddirebbe al principio secondo il quale la soccombenza è condizione del diritto di impugnativa; o che possa il giudice d'appello riesaminare una controversia non devoluta alla sua cognizione, e con ciò si contraddirebbe al principio, che domina nel processo civile, *ne procedat judex ex officio.*

* * *

Ho già detto come il *Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale*, recentemente pubblicato dal Ministro Guardasigilli, introduca nella misura più ampia la *r. i. p.* in sede di impugnativa: dico nella misura più ampia, perché, secondo quel *Progetto*, la *r. i. p.* è consentita al giudice di appello non solo sul capo impugnato, *ma anche sui capi non impugnati*, cioè quando la sentenza del primo giudice sia stata pronunciata su diversi reati connessi e sia stato interposto appello soltanto sul capo concernente uno di questi reati (art. 520 capv. 1°). Il principio *tantum devolutum quantum appellatum* è dunque nettamente abolito; e con ciò la struttura che verrà ad avere su questo punto il nuovo processo penale si distaccherà da quella dell'attuale processo civile, non solo in quanto sarà esplicitamente tolto quel divieto della *r. i. p.* nei limiti del capo impugnato, che nel processo civile attuale, pur essendo desumibile da principî generali, non è testualmente stabilito (come si è detto) da nessuna disposizione; ma altresì in quanto sarà esclusa quella devoluzione parziale derivante da

impugnativa parziale (cioè limitata ad alcuni capi), che è espressamente consacrata nell'art. 486 cod. proc. civ., e che anche nel processo penale vigente era finora ammessa come conseguenza del principio secondo il quale, anche se la sentenza è formalmente una, essa è in sostanza la somma di tante sentenze quanti sono i reati (13).

Per arrivare a trovar la giustificazione dogmatica di questo così risoluto distacco del nuovo processo penale da quel divieto della *r. i. p.*, che appariva finora come basato su ragioni comuni ai due processi, bisogna ammettere che nel processo penale possa venir meno l'uno o l'altro dei principî sulla cui combinazione si basa nel processo civile (come sopra ho voluto dimostrare) la necessità di tale divieto; bisogna, in altre parole, ammettere che nel processo penale possa venir meno il principio per cui la soccombenza è condizione della impugnativa, ovvero il principio per cui ogni pronuncia del giudice è condizionata alla domanda di parte.

Il primo di questi due principî non solo non è contraddetto, ma anzi è espressamente formulato, con innovazione di tecnica legislativa se non di sostanza (14), nel *Progetto*: il quale all'art. 191 prescrive che « per proporre un mezzo di impugnazione, è necessario avervi interesse ». Qui il requisito della soccombenza è prospettato sotto l'aspetto dell'interesse ad agire anziché sotto l'aspetto della legittimazione; ma la sostanza è la stessa. Dunque, per questo art. 191, se l'imputato proponesse una impugnazione senza avervi interesse, chiedendo per es. al giudice di appello una condanna più severa di quella che gli è stata inflitta dal primo giudice, la sua impugnativa verrebbe dichiarata inammissibile dal giudice *ad quem* (art. 210) o dallo stesso giudice *a quo* (art. 208), e non avrebbe alcun effetto devolutivo.

Ma il secondo principio (*ne procedat judex ex officio*) è nel processo penale assai meno rigoroso che nel processo civile: ed è appunto attraverso una breccia praticata in questo principio che può introdursi nel processo penale quel potere di *r. i. p.* del giudice di impugnativa, che in un processo a tipo nettamente dispositivo apparirebbe come un controsenso. In verità anche nel processo penale vige, per quanto riguarda l'inizio del processo, la massima *nemo judex sine actore*: il fatto che il potere di provocare l'esercizio della funzione giudiziaria spetti, anziché a un privato, a un organo dello Stato (P. M.), non esclude che proprio questo organo dello Stato abbia, di fronte al giudice penale, la qualità di *actor*, e che il giudice penale, il quale non può cominciare a muoversi se non gliene fa richiesta l'accusatore

---

(13) DELITALA, op. cit., pag. 93.

(14) Cfr. *Relazione*, pag. 43: « Nuova è la disposizione ma non il principio... ecc. ».

pubblico, si trovi inizialmente in quella stessa situazione di mancanza di iniziativa che è caratteristica del giudice civile. Senonché nel processo penale questa mancanza di iniziativa, che si manifesta nel momento iniziale del processo (*nemo judex sine actore*), non si mantiene nei momenti successivi con quel rigore con cui permane nel processo civile: basti pensare alle diverse conseguenze che ha nel giudizio civile e nel dibattimento penale la rinuncia all'azione, la quale non toglie al giudice penale il potere di condannare l'imputato, contrariamente alla richiesta di assoluzione proveniente dal P. M., e di mantenere così in vita *ex officio* un'azione che non è più formalmente sostenuta dal suo titolare (15).

Un altro esempio di decisione *ex officio*, senza domanda di parte, si avrà appunto, secondo il sistema accolto dal *Progetto*, nel caso di *r. i. p.* L'appello del parziale soccombente autorizzerà il giudice *ad quem* a riesaminare anche quella porzione della controversia in cui l'appellante non è soccombente; la domanda di parte, la quale di per sé non potrebbe devolvere al giudice *ad quem* altro *thema decidendum* che quello investito dal gravame, farà sorgere nello stesso giudice il potere di conoscere *ex officio* anche il resto della causa. Non basta dire che, anche quando l'iniziativa del riesame viene presa dall'imputato appellante, il giudizio di appello, come ogni giudizio penale, non può avere altro oggetto che l'azione penale, la quale quindi torna necessariamente a rivivere *in toto* dinanzi al giudice superiore: affinché l'azione penale possa considerarsi come riprodotta *in toto* dinanzi al giudice di secondo grado, anche quando, in caso di parziale appello dell'imputato non vi sia appello del P. M. (il quale figura come *dominus* dell'azione, specialmente in questo *Progetto* che fortemente accentua il carattere di parte del pubblico accusatore), bisogna riconoscere che il giudice di appello nel processo penale ha il potere di riesaminare *ex officio*, andando oltre la domanda dell'appellante e senza alcuna domanda dell'appellato, anche quella porzione della controversia che il gravame non aveva investito. *Plus devolutum quam appellatum*; ossia, ove la devoluzione non è effetto dell'appello di parte, *procedat judex ex officio*!

Credo di aver così dato la spiegazione giuridica della differente disciplina che la *r. i. p.* può avere nel processo civile, ove dev'essere logicamente vietata fino a quando il principio dispositivo resti in vigore, e nel processo penale, ove può essere ammessa come, sia pure isolata ed eccezionale, esplicazione del principio di ufficialità. Con questo io non ho inteso di giudicare, sotto l'aspetto politico, se il si-

---

(15) Cfr. MASSARI, *Lineamenti*, pag. 101 e segg.

stema seguito dal *Progetto*, che ammette con tanta ampiezza la *r. i. p.*, sia da preferirsi al sistema seguito dall'attuale cod. proc. pen., che nel giudizio di appello lo vieta (art. 480). Certo, anche ammesso il sistema della *r. i. p.*, seguito dal *Progetto*, si ha l'impressione che si sia andati oltre le esigenze razionali di questo sistema, ammettendo che l'effetto devolutivo si operi anche per i capi non impugnati concernenti altri reati connessi: il che sembra veramente eccessivo, specialmente quando si tratti di connessione meramente personale (art. 45, n. 3, *Progetto*; cfr. art. 23, n. 3 cod. proc. pen.).

Ma, in ogni modo, si tratta di dettagli tecnici, che potranno anche esser modificati nella ulteriore elaborazione del *Progetto*. Per il resto, ogni studioso può augurarsi che questo così detto abbandono del tradizionale divieto della *r. i. p.* passi nella legge e sia esperimentato nella pratica. Solo l'esperienza dirà se i grandi vantaggi del nuovo sistema, eloquentemente messi in luce dalla relazione del Ministro, saranno tali da far dimenticare i pregi che, sotto altri punti di vista, erano proprî del sistema attuale; pregi, dei quali non vorrei fare io l'elogio funebre, anche perché a siffatte malinconiche forme di discorso, che si contentano di ricordare le virtù del defunto, non va mai accompagnata la speranza di contribuire a richiamarlo in vita.

XIX

CORTE D'APPELLO (*)

La Corte d'appello, nell'ordinamento italiano, è un organo giudiziario ordinario a formazione collegiale, tipicamente destinato, in materia civile e in materia penale, a decidere in secondo grado le controversie decise in primo grado dai Tribunali. A questa, che è l'attribuzione principale e distintiva, si aggiungono svariate attribuzioni accessorie che non hanno attinenza necessaria con la funzione dalla quale la Corte d'appello prende il nome.

ORIGINE STORICA. — La Corte d'appello dell'ordinamento italiano in vigore ha nella legislazione francese, creata dalla Rivoluzione, il suo immediato precedente storico. Anche negli stati italiani dei secoli XVII e XVIII esistevano con svariatissimi nomi organi giudiziarî appositamente costituiti, assai volte come emanazione del supremo potere giurisdizionale spettante al sovrano, per decidere in seconda o terza istanza le cause già decise dai giudici inferiori; ma la caratteristica delle corti d'appello attuali è quella di essere ordinate secondo il sistema del doppio grado di giurisdizione (voce APPELLO), al di sopra del quale si ha soltanto la Corte di cassazione, con funzione tipicamente distinta da quella di un organo di terza istanza. Tale sistema, istituito in Francia dal decr. 1° marzo 1790, diede luogo, dopo un breve periodo, in cui, perdurando la diffidenza contro le temute reincarnazioni degli aboliti parlamenti, fu in vigore l'appello reciproco fra i tribunali limitrofi, all'istituzione di appositi tribunali di secondo grado, che poi sotto l'Impero assunsero il nome di *Cours d'appel.* Il loro ordinamento e il loro nome furono importati in Italia dalla legislazione napoleonica; e, sia pur con diverso nome, esse restarono in sostanza, dopo la Restaurazione, in quella legislazione italiana che più fedelmente accolse il sistema del doppio grado, completato dalla cassazione: specialmente nelle legislazioni toscana, napoletana, sarda e

(*) [Voce pubblicata nella *Enciclopedia italiana*, vol. IX, Roma, Istituto G. Treccani, 1929, pagg. 540-541, e successivamente aggiornata nella II Appendice, vol. I della stessa *Enciclopedia*, Roma, 1948, pag. 704]. [*Bibliografia*, nn. 173, 440].

piemontese, dalla quale ultima le corti d'appello passarono nella legislazione dell'Italia unificata.

Costituzione. — Le corti d'appello sono costituite da magistrati (consiglieri) in numero variabile, alla dipendenza gerarchica del primo presidente. Esercitano le loro funzioni giurisdizionali collegialmente: anche nelle legislazioni che ammettono il giudice unico in prima istanza, la collegialità è quasi sempre mantenuta in appello. Le corti giudicano invariabilmente col numero di cinque votanti nelle cause civili, e di quattro nelle cause penali; sono divise in sezioni (almeno due), ciascuna delle quali esercita in atto le facoltà che spettano alla magistratura e ne riproduce, come collegio giudicante, la composizione. Annualmente i presidenti di sezione e la composizione e le attribuzioni di ciascuna sezione (civili, penali, promiscue) sono stabiliti con decreto reale. La riunione di tutti i magistrati componenti le sezioni costituisce l'*assemblea generale*.

Le funzioni di pubblico ministero sono esercitate da un procuratore generale, il quale compie le sue funzioni personalmente o per mezzo di avvocati generali o di sostituti procuratori generali.

La circoscrizione territoriale nella quale si estende la giurisdizione di una Corte d'appello si dice *distretto*: attualmente i distretti di corte d'appello hanno sede in Ancona, Aquila, Bari, Bologna, Brescia, Cagliari, Catania, Catanzaro, Firenze, Genova, Messina, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste, Venezia. Fuori del regno, una Corte d'appello si trova a Tripoli. In certi distretti possono esservi sezioni staccate, le quali hanno sede diversa da quella della corte da cui dipendono, e hanno le stesse attribuzioni autonome, anche per ciò che riguarda gli affari di carattere amministrativo. Attualmente si hanno sezioni staccate di Corte d'appello a Lecce (Bari), Perugia (Roma), Potenza (Napoli), Trento (Venezia), Fiume (Trieste). Fuori del regno una sezione speciale autonoma è istituita a Rodi. L'ordinamento delle corti comprende, oltre alle sezioni civili e penali che possono denominarsi *ordinarie*, sezioni *speciali*, che pur appartenendo organicamente alla Corte d'appello, funzionalmente esercitano in prevalenza giurisdizione di primo grado; tali sono, in materia civile, i Tribunali delle acque pubbliche e la Magistratura del lavoro; e in materia penale, sotto un certo aspetto, la sezione di accusa.

Ogni distretto comprende almeno un circolo di assise. Speciali organi collegiali, costituiti presso ogni Corte d'appello, sono il *Consiglio disciplinare* e il *Consiglio giudiziario*. Presso ogni Corte d'appello è istituita una commissione per il gratuito patrocinio.

Attribuzioni delle corti d'appello. — *Attribuzioni dell'assemblea generale*. — Delibera su materie d'ordine e di servizio interno che in-

teressino l'intiero corpo e dà al governo pareri richiesti sopra disegni di legge e altri oggetti di pubblico interesse.

Attribuzioni di giurisdizione contenziosa delle sezioni ordinarie. — a) *Giurisdizione contenziosa di secondo grado.* — L'attribuzione tipica e principale delle corti d'appello, in materia civile e penale, è quella di giudicare in secondo grado le controversie decise in primo grado dai tribunali. Se non si può dire che la Corte d'appello sia nel nostro ordinamento giudiziario l'unico giudice ordinario di secondo grado, essa è, fra i giudici ordinarî, quello che (normalmente) ha soltanto funzioni di secondo grado. Per la estensione dei poteri del giudice di appello in genere, v. APPELLO.

Più particolarmente, le corti d'appello in materia civile giudicano sugli appelli contro le sentenze di primo grado appellabili dei tribunali (art. 87 cod. proc. civ.) e degli arbitri quando la causa decisa sarebbe stata di competenza di un tribunale (art. 29 cod. proc. civ.); sull'opposizione contumaciale (art. 474 segg. cod. proc. civ.); sulle domande di revocazione (artt. 494 e 498 cod. proc. civ.); sull'opposizione di terzo (art. 510 segg.) contro sentenze pronunciate da corti d'appello; sulle domande di nullità o di revocazione contro decisioni arbitrali di secondo grado quando la controversia in primo grado sarebbe stata di competenza di un tribunale (artt. 30, 32, 33 cod. proc. civ.). In materia penale le corti d'appello giudicano degli appelli contro le sentenze di primo grado appellabili dei tribunali. Per la ripartizione territoriale degli appelli tra le varie corti, ciascuna di esse ha competenza (funzionale inderogabile) sugli appelli contro sentenze di primo grado emanate da tribunali appartenenti al proprio distretto. Speciale competenza territoriale funzionale hanno la Corte d'appello di Roma, sugli appelli civili e penali contro le sentenze di giudici coloniali, e la Corte d'appello di Genova e la sezione speciale autonoma di Rodi sugli appelli contro le sentenze dei tribunali consolari.

b) *Giurisdizione contenziosa di primo grado in materia civile.* — In casi specialmente stabiliti dalla legge le corti d'appello (sezioni civili) hanno competenza di prima (e unica) istanza: sui giudizî di delibazione, per dar forza esecutiva alle sentenze delle autorità giudiziarie straniere (artt. 941, 950 cod. proc. civ. e r. decr. 20 luglio 1919, n. 1272, conv. in legge 20 maggio 1925, n. 832); sull'esecutorietà delle sentenze di nullità di matrimonio pronunciate da tribunali ecclesiastici, o del provvedimento di dispensa del matrimonio rato e non consumato (art. 17 e 22 della legge 27 maggio 1929, n. 847); sulle azioni per pagamento di spese e onorarî in cause promosse dinanzi la Corte d'appello (art. 103 cod. proc. civ.); sulle azioni civili contro magistrati (artt. 785 e 787 cod. proc. civ.); su certi reclami concernenti le liste elettorali (art. 36 t. u. legge elettorale politica 2 settembre 1928,

n. 1993), o l'eleggibilità a conciliatori (art. 3 legge 16 giugno 1892, n. 261). Altre speciali competenze di primo grado sono oggi abolite.

Giurisdizione di primo grado in materia penale. — In casi specialmente stabiliti dalla legge, la Corte d'appello (sezioni penali) ha competenza di primo grado: così delibera in materia di riconoscimento delle sentenze penali straniere (art. 674 cod. proc. pen. 1930); in materia di estradizione, attraverso la sezione istruttoria (art. 662 cod. proc. pen.); provvede sulle istanze di riabilitazione giudiziale (art. 597 e segg. cod. proc. pen.); decide sull'opposizione all'iscrizione d'ipoteca legale e al sequestro conservativo (art. 618 cod. proc. pen.); rende esecutivi nello stato gli atti istruttorî esteri (art. 658 cod. proc. pen.).

Attribuzioni di volontaria giurisdizione. — a) *Delle sezioni civili*: in materia di adozione (art. 213 segg., cod. civ.); legittimazione di figli naturali (art. 200 cod. civ.); remozione dei registri delle ipoteche (art. 2074 cod. civ.); trascrizione del matrimonio religioso (art. 21 legge 27 maggio 1929, n. 847). Inoltre possono essere investite del reclamo contro i provvedimenti di giurisdizione volontaria emessi da autorità inferiore (art. 781 cod. proc. civ.); b) *Del presidente*: ha competenza sui reclami contro i provvedimenti di volontaria giurisdizione emessi dal presidente del tribunale (p. es., art. 223 cod. civ.); c) *Del procuratore generale*: può autorizzare il matrimonio in caso di rifiuto di consenso degli ascendenti (art. 3 legge 27 maggio 1929, n. 847).

Attribuzioni amministrative derivanti da superiorità gerarchica. — a) *Delle sezioni civili*: regolamento di competenza quando la Corte d'appello è il giudice immediatamente superiore ad ambedue i giudici tra i quali la competenza deve essere regolata (artt. 108 e 115 cod. proc. civ.); designazione di tribunale per decidere sulla ricusazione dei giudici di altro tribunale (art. 126 cod. proc. civ.); b) *Del primo presidente*: provvede con decreto a incaricare un pretore o un giudice del distretto di supplire temporaneamente altro pretore mancante o impedito (testo unico art. 25); provvede con decreto a nominare, sospendere, dispensare o revocare i conciliatori del distretto (art. 2 legge 16 giugno 1892, n. 261); designa il presidente e uno dei membri della commissione per il gratuito patrocinio (r. decr. 30 dicembre 1923, n. 3282, art. 5, nn. 1 e 3); provvede alla nomina del presidente della Corte d'assise in certi casi (artt. 54 e 57 testo unico); provvede in certi casi alla nomina dei membri dei collegi arbitrali obbligatorî (per es., r. decr. 25 novembre 1909, n. 756, art. 2); c) *Del procuratore generale*: designa uno dei membri della commissione per il gratuito patrocinio (r. decr. 30 dicembre 1923, n. 22, art. 5, n. 2).

Attribuzioni concernenti la disciplina e le promozioni. — Le corti d'appello hanno potere di sorveglianza disciplinare sul personale dei tribunali e preture del loro distretto (art. 179 testo unico) e sugli uffi-

ciali del pubblico ministero (art. 204 testo unico); tali poteri sono esercitati dal Consiglio disciplinare, dal primo presidente (e dal presidente di sezione distaccata) e dal procuratore generale. Il Consiglio giudiziario giudica sulla promovibilità dei giudici aggiunti e sull'ammissione allo scrutinio dei giudici e sostituti procuratori del re (artt. 112 e 116 testo unico).

Attribuzioni di sezioni speciali: voci SEZIONE D'ACCUSA; LAVORO; MAGISTRATURA DEL LAVORO; ACQUE PUBBLICHE.

BIBLIOGRAFIA: Oltre alle opere citate nella bibliografia alla voce APPELLO, e le notizie contenute nei trattati (cfr. specialmente CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3ª e 4ª ed., Napoli 1923-28, VI, § 20; MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, Torino 1925, II, n. 140 segg.), cfr. BERIO, *Corte d'Appello*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, Milano, pp. 493-95; *Corte d'Appello*, in *Il Digesto ital.*, Torino, VIII, parte 4ª, pp. 15-22; ma si tratta di lavori arretrati.

APPENDICE

Il cod. proc. civ. del 1942 non ha modificato in maniera rilevante le funzioni delle Corti d'appello; né la legge sull'ordinamento giudiziario del 30 gennaio 1941, n. 12 ne ha modificato la struttura.

Tra le modificazioni di competenza introdotte dal codice del 1942 merita di esser ricordata quella derivante dall'art. 47, il quale, affidando esclusivamente il regolamento di competenza alla Corte di cassazione, lo ha tolto alle Corti d'appello e agli altri organi inferiori, anche nei casi in cui esso era devoluto a questi.

Con l'abolizione dell'ordinamento corporativo fascista, le Corti d'appello hanno perduto le funzioni di magistratura del lavoro, ch'esse avevano assunto a norma dell'art. 14 della legge 3 aprile 1926, n. 563. Esse non hanno più quei poteri normativi che l'art. 16 di quella legge aveva attribuito ad esse per la « formulazione delle nuove condizioni di lavoro »; e più in generale non hanno più competenza a decidere sulle controversie collettive, per la trattazione delle quali erano stati dettati gli artt. 404-428 del cod. proc. civ. del 1942.

XX

LA CASSAZIONE E I GIURISTI (*)

Per chi fu convinto fautore *ante litteram* della unificazione della Cassazione civile, quando bastava parlare di soppressione di una Corte regionale per sollevare lo sdegno delle curie locali e le eloquenti proteste dei deputati che ne facevano parte, il funzionamento della Cassazione unificata in questo primo decennio non può non esser motivo di profondo compiacimento. La riforma non ha deluso i suoi fautori: e se non mancano i difetti, che sono inseparabili da ogni istituzione umana ai suoi inizî, ogni sereno osservatore deve riconoscere che il Supremo Collegio si è ormai avviato, soprattutto per merito del suo insigne Capo, che ha saputo farne la voce più autorevole della umanità del diritto, ad essere quell'organo moderatore ed equilibratore della giurisprudenza nazionale, senza il quale l'unità delle leggi non sarebbe che una vana parola (1).

Dopo dieci anni, si può cominciare a rendersi conto del profondo influsso disciplinatore che la riforma ha esercitato, e sempre meglio eserciterà nell'avvenire, sulla pratica giudiziaria. Anche l'esercizio dell'avvocatura, così pieno di dubbî e di ansie per chi ne intenda la angosciosa nobiltà, ne è stato a poco a poco agevolato e direi quasi chiarificato: nessun avvocato potrebbe negare, se si volge indietro a riepilogare come si è quasi inconsapevolmente trasformato il suo metodo di lavoro in questi ultimi anni, che la unificazione della Cassazione ha semplificato la professione forense. Tutti gli avvocati che considerano il patrocinio come una pubblica missione più che come un ingegnoso mestiere, sanno per esperienza quanto sia umiliante e difficile, di fronte al cliente che chiede consiglio su una questione di diritto, dover dichiarare che la materia è dubbia e che la giurisprudenza in proposito è divisa: il cliente, che ha sempre tendenza ad

---

(*) [Pubblicato in *Il Tribunale* (Roma), a. XII, n. 12, 31 dicembre 1933; ristampato in *Studi*, III, pagg. 267-277]. [*Bibliografia*, n. 190].

(1) Cfr. in proposito il bell'articolo di ALBERTO PARRELLA, *Il decennale della Cassazione*, nel numero dell'agosto 1933 del « Tribunale ».

apprezzare nel difensore le doti di ordine inferiore come sono quelle della sfacciataggine e della improvvisazione, diffida delle oneste incertezze del consulente che non assicura la vittoria: e se questi lo avverte che la causa è incerta, perché su quella questione giuridica esistono precedenti ugualmente autorevoli in senso contrario, crede che alla base di questi scrupoli non vi sia che inettitudine e viltà. L'unificazione della Cassazione ha ridotto in questo esperimento decennale, e sempre più ridurrà nei futuri decennî, il numero di questi casi di coscienza: su centinaia di questioni, un tempo dibattute tra le Cassazioni regionali, la Cassazione unificata ha preso posizione, e vi s'è risolutamente mantenuta. Anche se eventualmente, tra le varie soluzioni sostenibili, essa non avesse sempre scelto quella teoricamente più fondata (ma nella massima parte dei casi essa ha saputo saggiamente scegliere), questa scelta avrebbe avuto in ogni caso il prezioso effetto di dare agli avvocati un sicuro orientamento per consigliare i clienti: talché oggi, quando su un punto di diritto si è ormai fondata una costante giurisprudenza del Supremo Collegio, l'avvocato che incitasse il cliente ad affrontare un giudizio per sostenere il contrario, non farebbe opera professionalmente commendevole. La critica delle decisioni della Corte Suprema può essere fatta dagli studiosi in sede dottrinale: ma il gusto di sostenere una tesi audace contraria all'opinione dominante e lo spirito d'avventura del pioniere che sogna di dar la scalata alla giurisprudenza del Supremo Collegio, non deve mai far dimenticare all'avvocato saggio che i clienti non possono pagarsi il lusso di questi *experimenta in corpore vili*, nei quali il patrocinatore fa assai spesso una brillantissima difesa, ma il patrocinato quasi sempre perde la lite.

* * *

Ma, appunto perché la giurisprudenza del Supremo Collegio ha assunto, attraverso la unificazione, un'autorità di fatto che prima non aveva, credo che sia dovere di tutti i giuristi contribuire, con uno studio più attento e con una più assidua collaborazione, ad inalzarne e a consolidarne la dignità scientifica. La raccolta delle decisioni della Cassazione è oggi diventata il manuale inseparabile di ogni avvocato che sa la sua arte: come recentemente un tribunale tedesco ha ritenuto, in una fattispecie riferita dai nostri quotidiani, che tra i doveri del commerciante diligente vi sia quello di leggere appena usciti i giornali di commercio, così si potrebbe dire che tra i doveri dell'avvocato dotato di normale diligenza vi è oggi quello di « tenersi al corrente » colla giurisprudenza della Cassazione. Ciò spiega la fortuna editoriale che hanno avuto in questi ultimi anni certi « massi-

marî », che sono per ogni avvocato come il portavoce del Supremo Collegio: la attenta lettura di uno di questi cataloghi di massime, nei quali non si cerca che la fedeltà e la rapidità, è istruttiva, ai fini pratici della professione, più di quella di un elaboratissimo trattato; più che il precedente a sostegno della propria tesi in una causa già iniziata, l'avvocato vi trova idee che domani egli farà fermentare in altre cause, spunti di teorie che domani la dottrina approfondirà, orientamenti per i consigli da dare, suggerimenti per la impostazione dei processi non ancora iniziati. La consultazione sistematica e preventiva dei « massimarî » è diventata, per gli avvocati, una parte indispensabile della giornaliera cultura professionale; ma, appunto perché queste raccolte di massime, ed anche quelle che pubblicano il testo integrale delle decisioni della Cassazione, hanno assunto tanta importanza pratica nella nostra vita giudiziaria, sembra strano che ancora non si sia provveduto a dare ad esse quel carattere ufficiale, che garentirebbe, attraverso l'opera di redazione di un apposito ufficio responsabile da istituirsi presso il supremo Collegio, la corretta formulazione delle massime e l'esatto riferimento del testo delle decisioni. In altri Stati si hanno esempî cospicui di cosiffatta pubblicazione ufficiale di tutte le decisioni pronunciate dai Tribunali supremi, regolatori della giurisprudenza: tutti sanno che quando esiste al vertice dell'ordinamento giudiziario, come esiste da noi, un organo supremo posto a difesa della unità del diritto, le sue decisioni, oltre che a risolvere il caso concreto, servono ad insegnare agli altri giudici (con una autorità che, per essere di mero fatto, non è per questo, come *ratio scripta*, meno ragguardevole) in qual modo la stessa questione di diritto dovrà essere risolta nell'avvenire in casi simili. È lo Stato, dunque, che attraverso le decisioni del Supremo Collegio, vuol suggerire alle parti ed ai giudici, per i negozi e per le controversie future, la migliore interpretazione delle proprie leggi: è lo Stato, che destina queste decisioni a esercitare al di là del caso deciso questo generale influsso regolatore sui processi futuri, che solo può farsi sentire attraverso la più diffusa e sollecita pubblicità; onde non si comprende come non provveda lo Stato a garantire, coll'opera diretta di organi suoi, questa pubblicazione, la quale in un certo senso integra e perfeziona la pubblicazione delle leggi, che nessuno potrebbe pensare sul serio di affidare alla iniziativa privata!

Le decisioni del Supremo Collegio meritano maggior attenzione, oltreché dallo Stato, anche dalla dottrina. Chi abbia seguito da vicino in questo decennio la giurisprudenza della Cassazione, cercando di riconoscere, nelle migliaia dei casi decisi, la continuità del pensiero giuridico, e l'affiorare, come correnti alla superficie del mare, delle teorie alle quali il Supremo Collegio si è inspirato, si sarà accorto di

questo fenomeno che può parere strano: che la penetrazione e la recezione della dottrina nella pratica giudiziaria avviene assai spesso, anziché direttamente attraverso lo studio dei libri, che raramente gli avvocati conoscono di prima mano, per il tramite indiretto della giurisprudenza del Supremo Collegio, che avvalora presso gli avvocati gli insegnamenti degli studiosi. Basti citare un solo esempio, in tema di dottrine processuali: mentre vi sono ancora, in tutte le provincie di Italia, avvocati e giudici a centinaia per i quali la scienza del processo civile finisce col MORTARA, l'insegnamento di GIUSEPPE CHIOVENDA è ormai profondamente penetrato nella giurisprudenza della Cassazione, la quale da anni in numerose questioni se ne è fatta sensibilissima, anche se talvolta inconsapevole, banditrice. Un paziente lavoro di indagine attraverso i repertorî di questo decennio permetterebbe di scoprire questo incessante sostituirsi agli antichi canoni della scuola esegetica di un nuovo pensiero, attinto agli insegnamenti della nuova scuola sistematica che fa capo al CHIOVENDA: concetti ed espressioni che sono ancora estranei alla cultura ed al vocabolario di molti avvocati, da quello di azione di mero accertamento a quello di preclusione, sono permeati, per un sottile processo di capillarità, in queste decisioni della Cassazione, che sono destinate dallo Stato a portare in tutte le aule giudiziarie d'Italia, fino a quella del più modesto conciliatore, la espressione più autorevole del pensiero giuridico nazionale.

Gli esempî si potrebbero moltiplicare. Ma appunto perché la Cassazione ha rivelato in questo decennio di saper essere sensibile alla dottrina, anzi di saper essere quasi l'organo specifico di quella giornaliera fusione tra la teoria e la pratica giuridica che Roma ha insegnato al mondo, è augurabile che i giuristi guardino con attenzione sempre crescente, direi con sempre crescente simpatia e solidarietà, all'opera non facile di questo Supremo Consesso, che va incontro agli studiosi, e vuol essere, con opportuna opera di selezione e di adattamento alla realtà sociale, partecipe ed assertore delle loro conquiste.

Nella letteratura giuridica italiana è diffuso da molti anni quel genere letterario che gli stranieri ci invidiano, e che è forse la espressione più immediata della vitale collaborazione tra la pratica e la teoria: voglio dire quelle « note a sentenza », colle quali, nella forma spigliata e semplice di una « impressione », i più reputati maestri della cattedra non disdegnano di saggiare e di affinare le loro teorie sugli insegnamenti della concreta realtà. Io penso che nessun omaggio alla Cassazione unificata potrebbe essere reso dai giuristi italiani più gradito di quello consistente nel curare con amore e nell'intensificare sui periodici questo lavoro di commento disinteressato alle sentenze del Supremo Collegio; commento utile nell'adesione e nel dissidio, e forse più pregevole in questo secondo caso, perché anche la critica è un

riconoscimento, ed anche il denunciare gli errori è, nella dogmatica giuridica, una collaborazione.

Questo, della critica scientifica in forma di note a sentenze, potrebb'essere a parer mio lo strumento più adatto per arrivare, quando vi siano serî argomenti, a persuadere il Supremo Collegio a variare la propria giurisprudenza in qualche più dibattuta questione: se uniformità della giurisprudenza non vuol dire immobilità, è prevedibile che la Cassazione sarà più disposta a rimediare, ed eventualmente a correggere, i proprî precedenti, quando le obiezioni le siano mosse, anziché da avvocati necessariamente parziali in sede giudiziaria, da studiosi disinteressati in sede dottrinale.

Ma accanto e al disopra di queste « note a sentenza », che per loro natura hanno carattere analitico, dovrebbe svilupparsi sempre più per opera dei nostri studiosi, quella rielaborazione sistematica della giurisprudenza, che finora ha nella nostra letteratura giuridica scarsissimi precedenti. Periodicamente, alla fine di un anno o di un più lungo periodo, la giurisprudenza della Cassazione dovrebb'essere presa in esame, anziché caso per caso, nelle sue direttive generali, considerate per materia; quel metodo sistematico, che è adottato ormai nello studio di tutti i rami del diritto, dovrebb'essere applicato anche alla ricostruzione del pensiero giuridico della Corte Suprema nelle varie materie a cui si estende la sua attività giudiziaria: si vedrebbe così che, se nella massima parte degli istituti il sistema della giurisprudenza e quello della dottrina coincidono, continuano in alcuni punti a manifestarsi gravi divergenze, delle quali dovrebb'essere vanto dei giuristi ritrovare (che spesso vuol dire superare) la ragione profonda.

Un bell'esempio di questa fecondissima sintesi dottrinale alla quale mi auguro che anche da noi, come accade in altri paesi (sopra tutto in Germania, per le raccolte annuali delle sentenze del *Reichsgericht*), possano essere presto periodicamente sottoposte le decisioni della Cassazione, è stato dato, sulle colonne della nostra *Rivista di diritto processuale civile*, da quella rassegna della giurisprudenza in materia processuale, che si è iniziata nel 1933 per opera del diligentissimo Andrioli! Gli studiosi sono posti in grado di cogliere, attraverso quella rassegna, quali sono gli istituti del nostro diritto processuale che più di frequente danno luogo a incertezze giudiziarie, quali sono le direttive alle quali si inspira per eliminarle la nostra Corte regolatrice: in questo quadro sintetico, riordinato a sistema dal raccoglitore, vive, meglio che nelle leggi invecchiate, il nostro processo; c'è, in esso, il diritto vivo, quale ogni giorno si afferma nella pratica, colla sua inesausta tendenza a migliorarsi, colla sua dinamica di adeguamento ai bisogni di una società che si evolve. Nessuna materia più di questa, che è scaturita dalla vita e nella quale il sistema è creato dalla quoti-

diana realtà giudiziaria, può incitare al proficuo studio il giurista, che sia consapevole della propria missione sociale e che non ami sentirsi rimproverare di rimaner chiuso nella torre d'avorio delle infeconde astrazioni.

* * *

Il Supremo Collegio è dunque, più di ogni altro tribunale, il punto di incontro tra la pratica e la teoria: tra gli avvocati che lavorano per far vincere la causa al proprio cliente e i giuristi che lavorano per chiarire alla società la portata delle leggi che la disciplinano. Ma, affinché la Cassazione possa nell'avvenire sempre meglio esercitare questo suo ufficio di sintesi del diritto vivo, occorre che nell'ordinamento dell'istituto siano introdotti quei ritocchi che meglio servano a differenziare la missione della Corte Suprema da quella degli altri giudici sottoposti al suo controllo regolatore.

La Cassazione, per esercitare il suo ufficio, dev'essere sempre e soltanto giudice *di diritto*: il suo lavoro dev'essere dunque sempre più rigorosamente purificato da tutti gli sconfinamenti nel fatto, che la deviano dal suo scopo istituzionale. Quali possano essere *in jure condendo* le riforme volte ad eliminare tutti gli intorbidamenti dell'istituto, ebbi già occasione di esprimere molti anni fa, passando in rassegna le modificazioni che a mio avviso si dovrebbero introdurre nei motivi e nel procedimento del ricorso per cassazione (2). Ma, senza ripetere quello che allora scrissi e che oggi non avrei ragione di modificare, debbo ora aggiungere che, a mio avviso, accanto ai problemi di semplificazione processuale del ricorso, importanza fondamentale deve darsi, affinché la Cassazione possa sempre meglio servire, senza incertezze e senza dispersioni, al suo ufficio, al problema della preparazione e della scelta dei suoi magistrati.

Non mi pare che finora si sia sufficientemente considerato che, dato lo speciale scopo della Corte regolatrice, la « tecnica » da adottarsi dai suoi componenti dev'essere profondamente diversa da quella propria dei giudici di merito. Nell'attività del giudice di merito prevale, o dovrebbe prevalere, la ricerca e la valutazione dei fatti: ciò che a lui si richiede non è tanto di essere un giurista profondo, un raffinato amatore di acrobazie teoriche, quanto di essere un uomo di buon senso e di esperienza umana, che con diligenza e con acume sappia ricostruire i fatti e lasciare che essi parlino, senza indursi, per amore del virtuosismo dogmatico, a perdere il contatto col solido ter-

(2) *Per il funzionamento della Cassazione unica* (1924), pubblicato nel presente volume, cap. X pag. 373.

reno della realtà. Dirò anzi che, nella pratica dei giudizî di merito, mi pare che non sempre i giudici e gli avvocati attribuiscano al lavoro occorrente per accertare i fatti quella importanza e quella dignità che ad esso compete: si parla nel foro con un certo dispregio degli avvocati « fattisti », quasi che l'industriarsi a far scaturire la soluzione giuridica da una più fedele ed integrale ricostruzione della fattispecie sia meno meritorio che il trasformare il processo, come usano fare certi avvocati specialisti in « eleganti » questioni di diritto, in un laboratorio di paleontologia, dove da un frammento di vertebra fossile grande quanto un'unghia, si può ricostruire a forza di buona volontà lo scheletro immaginario di un mostro antidiluviano alto come un campanile! E anche i giudici, assai volte, pensano che l'accertamento dei fatti sia una attività di ordine inferiore, una specie di abbassamento di dignità disdicevole a un magistrato: così almeno può sembrare a chi veda il senso di disgusto che si dipinge sul viso di certi giudici, quando sono delegati a raccogliere una prova testimoniale!

Ora è certo che questa specie di dispregio del fatto è, nei giudizî di merito, dannoso e riprovevole. La perfezione degli strumenti tecnici destinati all'accertamento dei fatti è la prima condizione di una buona giustizia: la serietà e la coscienziosità del giudice si apprezza sopra tutto nella cura che egli mette a chiarire le circostanze su cui deve decidere, come l'abilità dell'avvocato si misura, più che nelle eloquenti dissertazioni su stravaganti questioni di diritto, sorprendenti ed inutili come certi trilli di bravura con cui i virtuosi di violino amano interrompere il filo della sonata, nella sua aderenza ai fatti e nella semplicità della soluzione giuridica che sa ricavarne.

Ma in Cassazione il discorso va capovolto. In Cassazione ciò che conta è il diritto: e per « diritto » si intende non tanto la ragione soggettiva delle parti in causa, quanto la interpretazione da darsi in generale al diritto oggettivo applicabile ai fatti già accertati: *jus constitutionis*, non *jus litigatoris*. Questa variazione di punto di vista importa necessariamente una variazione di tecnica: importa la necessità di sviluppare e di perfezionare nei componenti del Supremo Collegio quelle attitudini alla astrazione dogmatica e quei metodi corrispondenti, che debbono invece essere condannati e repressi nei giudici di merito, perché andrebbero a detrimento della loro funzione di ricercatori del fatto. Il magistrato di Cassazione, come giudice del diritto, deve abituarsi a considerare che la risposta, che egli darà alla questione sottopostagli, non servirà soltanto a decidere la singola controversia in cui essa è sorta, ma servirà sopra tutto ad orientare nell'avvenire la giurisprudenza, tutte le volte in cui la stessa questione di diritto si ripresenterà in occasione delle fattispecie più disparate. Il magistrato di Cassazione deve sopra tutto, anche in questo avvicinan-

dosi al legislatore, guardare all'avvenire: valutare quali potranno essere, al di là del singolo ricorso accolto o rigettato, le ripercussioni della sua decisione nel futuro. Per questo nel giudizio di Cassazione deve essere bandito ogni argomento che miri a subordinare la massima di diritto, che potenzialmente comporta tutta una serie di possibili applicazioni future, alla giustizia del caso singolo: e proprio nello svincolarsi dal gretto attaccamento ai fatti, e nell'abituarsi a non subordinare a considerazioni di equità individuale quella interpretazione della legge che deve avere portata praticamente generale, proprio in questo si riconosce il valore del magistrato di Cassazione, e la coscienza dell'ufficio che lo Stato gli affida.

A rendere sempre più chiara tale coscienza dovrebbero essere indirizzate le norme per il reclutamento dei componenti del Supremo Collegio: i quali, a mio avviso, non dovrebbero esservi ammessi se non attraverso rigorose prove di concorso per titoli o per esame, che dimostrassero in loro quella attitudine allo studio delle pure questioni di diritto, quella tendenza alla dogmatica giuridica, quella mentalità di studiosi, che normalmente i giudici di merito non hanno e non debbono avere. Considerare l'arrivo in Cassazione come la meta normale, conseguibile di promozione in promozione, dei magistrati che hanno fatto i quattro quinti della loro carriera nelle magistrature di merito, o considerare fungibili, nelle promozioni ulteriori, i posti direttivi del Supremo Collegio con quelli delle Corti di appello, vuol dire, se non erro, disconoscere le profonde differenze di attitudini, di metodi, di tirocinio che devono passare tra i giudici di merito e i giudici di Cassazione, per le ragioni che sopra abbiamo cercato di rilevare. Un ottimo consigliere di Corte d'Appello, che si sia abituato per decennî a motivare prevalentemente in fatto le sue sentenze, non sarà senz'altro, solo perché ha raggiunto una certa anzianità, un buon consigliere di Cassazione; potrà esserlo soltanto se avrà ancora tanta agilità di mente da repudiare i metodi di indagine a cui era abituato da decennî, e da crearsi, appena salito al Supremo Collegio, una mentalità di giurista. Nella impossibilità in cui certi magistrati si trovano di dimenticare in Cassazione la tecnica praticata per tutta la vita nei giudizî di merito, risiede, a parer mio, la causa principale di quegli sbandamenti verso il fatto, che ogni tanto si rilevano nelle decisioni del Supremo Collegio: noi avvocati abbiamo spesso la impressione che per vincere un ricorso in Cassazione, meglio che argomenti di diritto dogmaticamente ineccepibili, servano, ben presentate, quelle considerazioni di equità e di moralità che nei giudizî di merito hanno giustamente tanto peso: e poiché talvolta la stessa Corte Suprema sembra incoraggiarci per questa via, non possiamo essere rimproverati di perseverarvi...

Ma queste sono, evidentemente, deviazioni dalla pura finalità dell'istituto: le quali sarebbero certamente evitate se la scelta dei magistrati di Cassazione venisse fatta con speciali modalità, volte a eliminare dal Supremo Collegio ogni residuo di mentalità « fattista », e a rinsanguarlo sempre più con forze giovani, come devono esser quelle cui è affidato il compito di seguire con vigile sensibilità e con assiduità di studio i progressi della dottrina per assimilarne nella giurisprudenza i più autorevoli insegnamenti. Tutti gli avvocati sanno che alcuni tra i più preziosi componenti della Cassazione attuale sono stati acquistati dal Supremo Collegio in questi ultimi anni proprio attraverso il concorso per titoli o attraverso l'esame: chi ha a cuore l'avvenire dell'istituto non può non desiderare che, vista la felice esperienza, questo metodo di reclutamento diventi generale.

Ma soprattutto, più che alle modificazioni delle procedure, la grandezza della Cassazione è affidata all'ossequio, al consenso, e starei per dire all'affetto dei giuristi. Bisogna veramente che tutti noi sentiamo ch'essa è il cuore della nostra vita giuridica, e che ci adopriamo, ciascuno nella misura delle proprie forze, a far battere questo cuore con ritmo regolare e gagliardo. Bisogna ricostituire presso la Cassazione unificata, colla cooperazione dei migliori rappresentanti di tutte le curie, quell'atmosfera di comprensione e di solidarietà tra avvocati e magistrati, tra giurisprudenza e dottrina, che così simpaticamente regnava nelle soppresse Corti regionali, dove gli avvocati più autorevoli erano ascoltati senza fretta e senza diffidenza, e francamente considerati come collaboratori della giustizia. Nella Cassazione unificata gli avvocati che vengono da lontano hanno talvolta la impressione di sentirsi troppo distanti dai giudici, quasi isolati, senza risonanza, nel vuoto delle aule troppo grandi. L'avvicinamento tra la dogmatica e la vita, tra la avvocatura e la magistratura, tra i pratici e gli studiosi: questo grande ufficio di fusione e di vivificazione di tutto il diritto nazionale, sarà nell'avvenire sempre meglio adempiuto dalla nostra Corte Suprema, se noi giuristi ci sentiremo fieri di essere al suo servizio.

XXI

REVOCAZIONE (*)

La revocazione è un mezzo di impugnativa straordinario contro le sentenze civili non impugnabili con mezzi ordinarî, che la parte soccombente può esperimentare, per determinati motivi, dinnanzi allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza da revocare (artt. 494-509 cod. proc. civ.).

Sotto apparente unicità di denominazione e di forme, fonde in sé la sostanza di tre diversi istituti, che hanno origini storiche nettamente distinte. La revocazione basata su uno dei primi tre motivi contemplati dall'art. 494 (1. « dolo di una delle parti a danno dell'altra »; 2. falsità, successivamente riconosciuta o dichiarata, dei documenti su cui il giudicato si fonda; 3. ritrovamento di « un documento decisivo, il quale non siasi potuto produrre prima per fatto della parte contraria ») mira a rimettere in termine contro il giudicato la parte rimasta soccombente per circostanze, a essa non imputabili, che l'hanno posta nel processo in condizioni di disuguaglianza di fronte all'avversario, impedendole di difendersi in modo efficace: con evidente derivazione dalla *restitutio in integrum* del diritto romano, passata nel diritto italiano attraverso il rimedio omonimo del diritto comune (cfr. *Corpus iur. can.*, can. 1905) e attraverso la *requête civile* del diritto francese. La revocazione basata sul quarto motivo (« errore di fatto che risulti dagli atti e documenti della causa ») mira al riesame del giudicato viziato da errore di fatto del giudice: e deriva direttamente dalla *proposition d'erreur* dell'antico diritto francese. passata nel codice italiano attraverso il diritto piemontese, non senza qualche punto di contatto con la nullità per *notoria iniustitia* ammessa dal diritto comune, e con quei rimedî di altre legislazioni che considerano l'*Aktenwidrigkeit* come speciale motivo di impugnativa del giudicato (cfr. cod. proc. civ. austr., § 504, n. 3). La revocazione basata sul quinto motivo (sentenza « contraria ad altra sentenza precedente passata in giudicato »), che mira all'an-

(*) [Voce pubblicata nell'*Enciclopedia italiana*, vol. XXIX, Roma, Istituto G. Treccani, 1936, pagg. 183-184]. [*Bibliografia*, n. 199].

nullamento della sentenza viziata da violazione del giudicato, deriva dalla *actio nullitatis* con cui nel diritto comune si poteva impugnare la sentenza resa *contra res prius iudicatas*.

Tre diverse nature si assommano così nella revocazione: restituzione equitativa a difesa dell'uguaglianza delle parti; *revisio in facto*, per *error in iudicando* del giudice; nullità per *error in procedendo* (eccesso di potere). È prevedibile che nella prossima riforma del processo civile molti *errores in procedendo*, che oggi sono motivi di cassazione, verranno trasformati in motivi di revocazione, ampliandosi così la funzione di *actio nullitatis*, che essa ha attualmente solo per il quinto motivo.

La revocazione costituisce, con l'opposizione del terzo e col ricorso per cassazione, il gruppo dei mezzi di impugnativa straordinarî (art. 465): i quali si differenziano da quelli ordinarî (per il fondamento razionale di questa differenza, voce APPELLO: Appello civile) in quanto sono diretti contro il giudicato formatosi con la preclusione dei mezzi ordinarî, e sono esperimentabili solo per determinati vizî, alla cognizione dei quali l'impugnativa è, nella prima fase, limitata. Anche la revocazione (la proposizione della quale, come quella degli altri mezzi straordinarî, non sospende l'esecuzione, art. 503: cfr. però artt. 504 e 750) dà luogo prima di tutto a un giudizio preliminare, che ha come *thema decidendum* non lo stesso rapporto controverso su cui fu pronunciata la sentenza denunciata, ma solo il diritto dell'interessato a ottenere la rescissione del giudicato per il vizio denunciato: a questo tipico *iudicium rescindens* (art. 508: « sull'ammissione della domanda di revocazione ») può seguire, ove la domanda di revocazione sia accolta, il *iudicium rescissorium*, cioè un nuovo esame (con la possibilità di utilizzare nuovi elementi probatorî) della controversia già decisa dalla sentenza revocata (art. 508: « sul merito della controversia »). Questo giudizio rescissorio, a differenza di quello che segue alla cassazione (giudizio di rinvio), ha luogo dinnanzi allo stesso giudice che ha pronunciato sul rescindente; e può decidersi insieme con questo, con una sola sentenza (art. 508).

La revocazione è ammissibile in genere contro tutte le sentenze civili di qualsiasi natura (e contro i provvedimenti di cognizione emessi nel procedimento monitorio) che non siano impugnabili con i mezzi ordinarî dell'appello e dell'opposizione contumaciale, o che abbiano cessato di esserlo per decorrenza dei termini. Con questa distinzione: che, mentre contro le sentenze non contumaciali rese in grado di appello, la revocazione è ammessa per tutti e cinque i motivi sopra specificati (art. 494), contro le sentenze di prima istanza, tanto in contraddittorio quanto in contumacia, e contro le sentenze contumaciali di seconda istanza, è proponibile soltanto, quando siano scaduti i termini

stabiliti per l'opposizione e per l'appello, per i primi tre motivi (art. 495). Lo stesso si dica per le sentenze inappellabili (eccettuate quelle dei conciliatori, che sono revocabili anche per il quinto motivo: art. 495). Non è ammessa la revocazione contro le sentenze di revocazione (art. 509) e di cassazione (art. 549): è ammessa, nonostante rinuncia, contro i lodi arbitrali (art. 30). Nel giudizio di delibazione delle sentenze straniere, il convenuto può invocare uno dei primi quattro motivi di revocazione per ottenere il riesame del merito (art. 941, § 2).

L'enumerazione dei motivi di revocazione, fatta dalla legge, è tassativa (art. 494): l'errore di fatto, di cui parla il n. 4, non va confuso con l'errore « materiale » che dà luogo a correzione (art. 473); la violazione del giudicato, di cui parla il n. 5, è motivo di revocazione solo se la sentenza « non abbia pronunciato anche sull'eccezione di cosa giudicata », altrimenti è motivo di cassazione (art. 517, n. 8).

La revocazione è proposta dinnanzi al giudice *a quo* (art. 498) con atto di citazione che ne indica i motivi (art. 502), previo deposito di una multa (*poena temeritatis*) che si perde in caso di soccombenza nel rescindente (artt. 499, 500, 501 e 506). Il termine di 30 giorni (art. 497 in relazione con l'art. 485 modificato dall'art. 4 della legge 15 settembre 1922, n. 1287) decorre dalla notificazione della sentenza o, se la revocazione è basata su uno dei primi tre motivi, dal giorno (che deve risultare da prova scritta) della scoperta del dolo o falsità, o della dichiarazione di falsità o della ricuperazione del documento (art. 497).

La revocazione, per i motivi previsti dal cod. proc. civ., è ammessa contro le decisioni giurisdizionali del Consiglio di stato (testo unico 26 giugno 1924, n. 1054, art. 46; reg. 17 agosto 1907, n. 642, artt. 81-86) e della giunta provinciale amministrativa (testo unico 26 giugno 1926, n. 1058, art. 20; reg. 17 agosto 1907, n. 643, artt. 65-70); contro le sentenze pronunciate dagli organi giudiziarî del lavoro, nelle controversie individuali, con la sola differenza che essa deve essere proposta con ricorso nel termine di giorni 15 (art. 25 r. decr. 21 maggio 1934, n. 1073); lo stesso vale per le controversie collettive (art. 88 r. decr. 1° luglio 1926, n. 1130). Inoltre le sentenze emesse in grado di appello o inappellabili di qualunque organo giurisdizionale, in materia di rapporti individuali del lavoro, che violino un contratto collettivo di lavoro o siano incompatibili con una sentenza del magistrato del lavoro passata in giudicato, possono essere denunciate da ognuna delle parti e dal pubblico ministero (il quale può proporre questo rimedio anche contro le sentenze appellabili passate in giudicato per mancanza di appello proposto tempestivamente dalle parti) al magistrato del lavoro per la revocazione, entro quindici giorni dalla notificazione (su questa

cosiddetta *revocazione sindacale*, cfr. artt. 87 r. decr. 1° luglio 1926, n. 1130, e 26 r. decr. 21 maggio 1934). Per la revocazione contro le decisioni giurisdizionali della Corte dei conti, cfr. r. decr. 13 agosto 1933, n. 1038, artt. 106-110.

BIBLIOGRAFIA: Oltre i trattati generali di diritto processuale (per tutti, G. CHIOVENDA, *Principii*, 3ª ed., Napoli 1923), cfr., per la storia dell'istituto: P. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, Torino 1920 (I, specialmente i capitoli 10 e 15; II, cap. 8). Tra le monografie, v. inoltre: G. ALESSIO, *La revocazione delle sentenze civili*, Napoli 1888; S. LA ROSA, *La revocazione della sentenza civile*, Catania 1893; D. PIROZZI, *La revocazione delle sentenze civili*, Milano 1904; R. COGNETTI DE MARTIIS, *La revocazione della sentenza nella proc. civile*, Torino 1900; L. COMPAGNONE, *La revocazione dei giudicati civili*, 3ª ed., Aversa 1903; G. ZANI, *La malafede nel processo civile*, Roma 1931. Tra gli articoli su singole questioni, v.: P. CALAMANDREI, in *Studi sul processo civile*, I, p. 168; II, p. 389; E. CASATI, in *Riv. dir. civ.*, 1928, p. 310; F. G. LIPARI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, p. 285; A. ROMANO CASTELLANA, in *Foro it.*, 1928, I, p. 611; A. GUARNERI CITATI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, II, p. 71 e I, p. 218; E. FORCIERI, in *Foro it.*, 1932, I, p. 1188; G. ZANI, *ibid.*, 1932, I, p. 763; ecc. Per la revocazione nelle controversie del lavoro, v.: P. S. ORSI, *in Riv. dir. proc. civ.*, 1930, I, p. 166; F. SETTE, in *Giust. del lav.*, 1931, p. 193; N. JAEGER, *Le controversie individuali del lavoro*, 3ª ed., Padova 1932, p. 463 segg.

XXII

RICORSO (DIRITTO PROCESSUALE) (*)

Con la parola *ricorso*, s'indica nel diritto processuale una delle forme con cui si propone in scritto all'autorità giudiziaria la domanda che inizia e costituisce il processo civile, ovvero una fase di esso, in sede d'impugnativa (per es., il ricorso per cassazione).

Il ricorso, che, essendo nel processo ordinario una forma eccezionale di domanda, può essere adoperato soltanto nei casi in cui la legge espressamente lo permette, si differenzia dalla forma normale di domanda, che è la *citazione* (art. 37 cod. proc. civ.), per la mancanza in esso di quell'invito, indirizzato al convenuto, a comparire in giudizio in una determinata udienza, che è requisito essenziale della citazione (art. 134, n. 6, cod. proc. civ.); esso contiene dunque soltanto una parte degli elementi che si trovano nella citazione, cioè l'indicazione degli elementi soggettivi e oggettivi che stanno a base della domanda e l'invocazione del provvedimento giudiziale. Non colpirebbe esattamente la differenza che passa tra la citazione e il ricorso chi dicesse che la prima è indirizzata alla parte avversaria, mentre il secondo è indirizzato al giudice: in realtà anche la citazione, in quanto è proposizione di domanda, è diretta all'autorità giudiziaria di cui mira a ottenere il provvedimento. Ma nella citazione c'è in più, oltre questa invocazione, un invito, rivolto all'avversario, a far valere le sue difese in contraddittorio, che non si trova nel ricorso.

Il ricorso costituisce pertanto la forma tipica da adoperarsi per chiedere quei provvedimenti che non sono destinati a valere contro un avversario, e per i quali quindi non esiste la possibilità di un preventivo contraddittorio (provvedimenti di volontaria giurisdizione: art. 778 cod. proc. civ.). Ma anche quando, in materia contenziosa, esiste un avversario che potrebbe, se chiamato in giudizio, aver ragioni per opporsi alla emanazione del provvedimento, si adopera il ricorso invece della citazione tutte le volte in cui, per motivi di urgenza o di

---

(*) [Voce pubblicata nell'*Enciclopedia italiana*, vol. XXIX, Roma, Istituto G. Treccani, 1936, pagg. 277-278]. [*Bibliografia*, n. 200].

semplicità (come avviene nei procedimenti cautelari, e in alcuni procedimenti di cognizione sommaria), il provvedimento è emanato *inaudita altera parte*, con posticipazione del contraddittorio in una fase processuale successiva, che viene provocata o dalla stessa parte che ha ottenuto il provvedimento (per es., il giudizio di convalida del sequestro conservativo, art. 931 cod. proc. civ.), o, in via di opposizione, con inversione dell'onere dell'iniziativa, dalla parte contro la quale il provvedimento è stato provvisoriamente emanato (per es., il procedimento per ingiunzione, r. decr. 24 luglio 1922, n. 1036: voce INGIUNZIONE).

La forma del ricorso come atto introduttivo del giudizio non è peraltro necessariamente limitata ai casi di provvedimenti da emanarsi senza previo contraddittorio: il ricorso si adopera anche in quei procedimenti di cognizione in cui, pur rispettandosi il principio del contraddittorio (art. 38 cod. proc. civ.), l'udienza di comparizione non è fissata dall'attore, ma dalla stessa autorità giudiziaria, che, in seguito alla presentazione del ricorso, fissa l'udienza e provvede poi per la notificazione al convenuto del ricorso così integrato: questo sistema, seguito dalle legislazioni processuali più moderne, è adottato anche dall'Italia nel processo del lavoro, ed è probabile che tenda a diventar generale nella prossima riforma del processo civile. Vi sono poi casi (come avviene nel ricorso per cassazione e nei procedimenti dinnanzi alla Giunta provinciale amministrativa e alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di stato) in cui il ricorso deve essere notificato all'avversario prima di esser presentato all'autorità giudiziaria; ma anche in questi casi esso si distingue dalla citazione, perché l'udienza di comparizione viene stabilita in un momento successivo dalla stessa autorità a cui il ricorso è stato presentato.

RICORSO PER CASSAZIONE (cod. proc. civ., artt. 517-552; cod. proc. pen., artt. 524-552; r. decr. 21 maggio 1934, n. 1073, art. 28). Bisogna distinguere le *condizioni del diritto di cassazione*, che è un'azione d'impugnativa consistente nel potere che spetta alla parte soccombente di ottenere dalla Corte di cassazione l'annullamento di una sentenza viziata da determinati difetti (*errores in procedendo* ovvero *errores in iudicando* che abbiano avuto efficacia *causale* sul dispositivo), dalle *condizioni formali del ricorso per cassazione*, che è la domanda con cui si fa valere quel diritto. Per le prime (specialmente per quanto attiene alle sentenze impugnabili in cassazione e ai motivi di ricorso), voce CORTE: La Corte di cassazione; mentre sotto la voce APPELLO CIVILE fu spiegata la differenza razionale che passa in civile tra i mezzi d'impugnativa *ordinarî* (appello e opposizione contumaciale, art. 465 cod. proc. civ.) e quelli *straordinarî* (ricorso in cassazione, revocazione,

opposizione di terzo), i quali ultimi, a differenza dei primi, non dànno luogo senz'altro, per il solo fatto che la parte soccombente invochi il riesame della controversia, a un *novum iudicium* della stessa ampiezza del primo, ma dànno luogo prima di tutto, senza effetto sospensivo (art. 520: cfr. però, per il penale, l'art. 528 cod. proc. pen.), a un esame preliminare (*iudicium rescindens*) sull'esistenza del vizio denunciato, e, solo se questo è riconosciuto tale da portare all'annullamento totale o parziale della sentenza, dànno luogo a un riesame del merito (*iudicium rescissorium*) nei limiti dell'annullamento. Sotto quest'aspetto sono evidenti le somiglianze tra il ricorso in cassazione e la *revocazione*: con la differenza che, mentre in questa il giudizio rescissorio si svolge immediatamente, se l'impugnativa è accolta, dinnanzi allo stesso giudice del rescindente (art. 508 cod. proc. civ.: voce REVOCAZIONE), per il ricorso in cassazione il rescindente si svolge dinnanzi alla Corte di cassazione, e, in caso di accoglimento del ricorso, il rescissorio segue in una fase separata dinnanzi al *giudice di rinvio* (art. 544 cod. proc. civ.).

Le *condizioni formali* del ricorso per cassazione civile (in mancanza delle quali il ricorso è dichiarato inammissibile, senza esaminare la sua fondatezza: art. 528 cod. proc. civ.), riguardano:

a) il contenuto del ricorso (art. 523 cod. proc. civ.; particolarmente importante l'indicazione dei motivi di cassazione, che devono essere specifici e determinati, e che non possono, come nell'appello, essere precisati o modificati in seguito, perché ciascuno di essi costituisce la *causa petendi* di un separato diritto d'impugnativa);

b) la sottoscrizione di un avvocato ammesso a patrocinare dinnanzi alla Corte di cassazione, munito di mandato speciale da parte del ricorrente (art. 522 cod. proc. civ.);

c) il deposito, da effettuarsi prima della notificazione del ricorso, di una somma, che si perde in caso di rigetto del ricorso (*multa temeritatis*, art. 541), di lire seicento se la sentenza denunciata è di Corte d'appello, di lire trecento se è di tribunale (art. 521, modif. dalla legge 22 dic. 1932, n. 1704); tale deposito non è richiesto per i ricorsi nell'interesse dello stato, per quelli nell'interesse delle persone ammesse al beneficio del gratuito patrocinio e negli altri casi eccettuati dalla legge (controversie del lavoro, infortunî, ecc.).

Il ricorso, col certificato di deposito, col mandato speciale e con l'elenco delle carte che lo corredano, deve, a cura del ricorrente, essere notificato all'altra parte (è discusso se al domicilio reale o a quello eletto nel giudizio d'appello) nel termine di novanta giorni (trenta nelle cause del lavoro) a partire dalla notificazione della sentenza che s'impugna; e l'originale, con la relazione dell'avvenuta notificazione, deve essere depositato, insieme con gli atti e documenti annessi (tra i quali

la copia autentica della sentenza denunciata), nella cancelleria della Corte di cassazione (art. 527) nel termine di trenta giorni dall'avvenuta notificazione (art. 526). Nei successivi trenta giorni decorrenti dalla scadenza di questo termine, la parte a cui il ricorso fu intimato può far notificare al ricorrente un controricorso, depositandone in cancelleria l'originale nei cinque giorni successivi; ma, a differenza di quelli stabiliti per il ricorso, l'inosservanza dei termini stabiliti per il controricorso non importa decadenza; inoltre la parte intimata, anche se non presenta controricorso, è sempre ammessa a resistere al ricorso, depositando memorie defensionali in cancelleria fino a tre giorni (liberi) prima dell'udienza e facendosi rappresentare alla discussione orale da un avvocato ammesso a patrocinare in cassazione. La legge conosce il ricorso *adesivo* (art. 529), ma non il ricorso *incidentale*: per supplire alla mancanza del quale, non potendo la parte intimata servirsi del controricorso per denunciare a sua volta la sentenza sui capi in cui le è stata sfavorevole, la pratica ha escogitato il ricorso principale *condizionato*.

Il ricorso (dove non vi sia rinunzia: artt. 550-552) è discusso oralmente in contraddittorio nell'udienza fissata dal presidente, di cui è data alle parti comunicazione almeno dieci giorni prima; dopo la relazione del consigliere a ciò delegato, parlano gli avvocati e infine conclude il ministero pubblico (artt. 536-538). Tutto il procedimento è mosso dall'impulso d'ufficio e per questo non soffre perenzione né si arresta o si modifica per contumacia delle parti.

La sentenza della Corte di cassazione, che è deliberata in fine di udienza, ma pubblicata molti giorni dopo, può dichiarare inammissibile il ricorso, ovvero rigettarlo come infondato (art. 541 cod. proc. civ.), con la conseguenza che la sentenza denunciata rimane ferma (talvolta peraltro integrata o modificata nella motivazione, dalle osservazioni critiche con cui la Corte di cassazione, nella stessa sentenza di rigetto, viene a esercitare in pratica un vero e proprio potere positivo di rettifica sulle decisioni di merito: cfr. art. 538 cod. proc. pen.), oppure può accogliere il ricorso, nel qual caso la sentenza denunciata non viene riformata come in appello (cioè sostituita da una nuova sentenza sul merito), ma semplicemente, in tutto o in parte, cassata. Quando la sentenza sia cassata « per il motivo che l'autorità giudiziaria non poteva pronunciare » o per altro motivo che renda inutile o improcedibile il rescissorio (art. 544), il processo ha termine con la cassazione (*cassazione senza rinvio*: cfr. artt. 539-540 cod. proc. pen.); ma di regola, quando all'annullamento deve seguire un nuovo giudizio sul merito allo scopo di sostituire con una nuova sentenza quella cassata, la corte di cassazione (art. 544) « rimanda la causa ad altra autorità giudiziaria uguale in grado a quella che pronunciò la sentenza cassata, e che sia più vicina alla medesima » (*giudice di rinvio, foro*

commissorio). Dinnanzi al giudice di rinvio (la cui competenza si estende anche alle controversie di cui al capoverso dell'art. 571), la causa viene nuovamente trattata nel merito, in diritto e in fatto, negli stessi limiti in cui avrebbe potuto esser trattata nel primo giudizio d'appello; ma con queste due limitazioni: 1. che nel giudizio di rinvio si deve tener conto delle preclusioni già verificatesi nella fase precedente di merito; 2. che non possono esser rimessi in discussione dinnanzi al giudice di rinvio né i capi non colpiti da cassazione (art. 543) né le questioni di diritto che, già decise nel precedente giudizio d'appello, non abbiano formato oggetto dei motivi del ricorso.

Ove l'annullamento sia avvenuto per *error in iudicando* (non quando sia avvenuto per *error in procedendo*, nel qual caso la pronuncia della corte ha sempre efficacia di statuizione positiva: cfr. art. 544) il giudice di rinvio può non conformarsi, o, come si dice nella pratica forense, può « ribellarsi », alla decisione della Corte di cassazione sul punto di diritto. In tal caso la parte soccombente può di nuovo ricorrere in cassazione « per gli stessi motivi » alle sezioni unite della Corte: e contro la decisione data da esse alla *quaestio iuris*, il nuovo giudice di rinvio non può più « ribellarsi ». Questo complicato e anacronistico istituto della facoltà di « ribellione » consentita al primo giudice di rinvio è scomparso dal processo del lavoro e dal processo penale (art. 546 cod. proc. pen.), nei quali l'opinione di diritto espressa dalla Corte di cassazione con la sentenza che accoglie il ricorso è sempre vincolativa per il giudice di rinvio, con un fenomeno di preclusione (non di giudicato) che fa apparire la sentenza del giudice di rinvio come una sentenza *soggettivamente complessa.*

Il procedimento e le condizioni di ammissibilità del ricorso in cassazione penale si differenziano naturalmente nei particolari da quelli, sopra descritti, del ricorso civile; ma sostanzialmente la struttura e gli effetti del ricorso sono identici nei due processi. Si ricordi che secondo il sistema adottato dal vigente codice proc. pen., il ricorso in cassazione penale si considera come un rimedio *ordinario*, che assume carattere di rimedio *straordinario* solo quando è proposto contro sentenze di giudici speciali nel caso previsto dall'art. 528 cod. proc. pen.; ma la contrapposizione non ha lo stesso significato che ha nel sistema dei mezzi d'impugnativa del processo civile.

BIBLIOGRAFIA: Oltre quella citata sotto le voci DOMANDA GIUDIZIALE; CORTE: La Corte di cassazione, cfr., per il ricorso in cassazione civile, specialmente P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, Torino 1920, II, cap. 7-11; id., *Studi sul processo civile*, Padova 1930, I, p. 168 segg.; II pp. 159, 211, 257, segg.; III, ivi 1934, p. 267; M. D'AMELIO, *La corte di cassazione e la « rettifica » delle sentenze di merito*, in *Mon. trib.*, 1933, p. 88; F. CARNELUTTI, *Interpretazione autentica della sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, I, p. 53; A. LUCARELLI e B. BARBERA, *Il*

procedimento nei giudizi civili innanzi alla Corte di cassazione, Roma 1933; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di dir. processuale*, Napoli 1934, II, § 80. Per il ricorso penale, cfr. V. MANZINI, *Trattato di dir. processuale penale*, Torino 1932, IV, n. 499 segg.; A. DEL GIUDICE, *Nuovi aspetti della cassazione in materia penale*, in *Annali di dir. e proc. pen.*, 1932; G. AUGENTI, *Natura e limiti del giudizio penale di rinvio*, Roma 1934.

XXIII

DIRITTO CONSUETUDINARIO IN CASSAZIONE (*)

1. — Il principio *iura novit curia* ha due facce: da un lato significa *dovere* del giudice di riconoscere ed applicare d'ufficio la norma che fa al caso; dall'altro significa *potere* del giudice di ricercare ed applicare d'ufficio la norma che fa al caso, anche quando la parte interessata non abbia preso la iniziativa di allegarne e provarne l'esistenza. Mentre, per quanto attiene all'accertamento dei fatti del rapporto controverso, è vietato al giudice di servirsi della conoscenza che egli abbia potuto acquistarne fuori del processo mediante « informazioni private » (art. 233 reg. gen. giudiziario), ed altresì di mettersi ad esplorare per suo conto, sia pur servendosi dei mezzi probatorî che la legge processuale appresta, la realtà che non sia dedotta negli *allegata partium*, per l'accertamento e l'applicazione delle norme giuridiche il principio *iura novit curia* pone al giudice un dovere di iniziativa (acquisizione d'ufficio) che egli non ha per i fatti, e lo svincola contemporaneamente da quel dovere di inerzia che, nel processo a tipo dispositivo, è posto al giudice per la ricerca dei fatti, quando manchi l'iniziativa delle parti.

Ma quando, invece che di applicare norme di diritto scritto vigente nello Stato, si tratta di ricercare ed applicare norme di diritto consuetudinario (e lo stesso vale per il diritto straniero, e per il diritto antico) il principio *iura novit curia* rimane in vigore soltanto in uno dei suoi due aspetti, come potere, cioè, non più come dovere: il giudice non ha qui il dovere di conoscere d'ufficio il diritto consuetudinario, e non manca a tale dovere se, non conoscendolo, non se ne procura la conoscenza coi propri mezzi, ma conserva tuttavia il potere, se lo conosce o se crede di potersene procurare la conoscenza con mezzi di prova ordinabili d'ufficio, di applicarlo indipendentemente da ogni richiesta di parte.

Di tale potere la corte di cassazione ha fatto buon uso nella de-

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. XV, 1938, P. II, pagg. 120-127; ristampato in *Studi*, V, pagg. 191-197]. [*Bibliografia*, n. 216].

cisione 27 luglio 1937 (1), alla quale si richiama la sentenza di rinvio, che qui si annota. La magistratura del lavoro di Firenze aveva ritenuto che un certo contratto collettivo, da cui, a suo avviso, era regolato il rapporto individuale controverso, non avesse accolto la norma, espressamente inserita in altri contratti collettivi, per la quale la diaria è considerata, almeno per una parte, come integrazione di stipendio. Ma la corte suprema osservò che, se tale norma non era desumibile dal contratto collettivo regolante quella categoria di rapporti di lavoro, essa costituiva però « un indiscusso principio di diritto consuetudinario, « consacrato nella pratica del lavoro »; e cassò pertanto la sentenza della magistratura del lavoro di Firenze, rinviando alla corte di Bologna, che ha applicato senz'altro alla fattispecie la norma di diritto consuetudinario accertata dalla Corte di cassazione.

Ecco dunque un caso tipico in cui la corte suprema, implicitamente valendosi del principio *iura novit curia*, ha ritenuto esistente ed applicabile al caso concreto una consuetudine *la cui esistenza non era stata accertata dai giudici di merito*. Con ciò il supremo collegio ha mostrato il volersi allontanare da quella frase fatta (che risale al diritto comune, in cui si insegnava che la consuetudine *consistit in facto*, e che spesso affiora anche oggi nella pratica), secondo la quale l'esistenza della consuetudine sarebbe una « questione di mero fatto » (2), sottratta, come tale, al controllo della Cassazione. In verità l'esistenza materiale di una norma giuridica (ossia *delle fonti* da cui si può desumere l'esistenza di essa norma) è sempre una « questione di fatto », poiché tanto l'osservanza di una pratica costante quanto la presenza di un certo articolo in un codice di leggi sono « fatti » storicamente accertabili; e chi dicesse che in Cassazione non si può prendere in esame l'esistenza del fatto-consuetudine, per le stesse ragioni dovrebbe dire che in Cassazione non si può discutere sull'esistenza del fatto-legge. Ma poiché quest'ultima affermazione equivarrebbe a negare l'ufficio istituzionale della Corte suprema, bisogna necessariamente concludere che il potere di controllo della Cassazione sull'esistenza del diritto consuetudinario si eserciti nello stesso ambito e colla stessa profondità del controllo sull'*ius scriptum*, colla sola differenza che quella conoscenza d'ufficio, che per la norma scritta è un dovere, rimane per la norma consuetudinaria, come si è detto, un potere e nulla più.

Si può con qualche sorpresa rilevare come la Corte di cassazione, mentre con questa sua decisione del 27 luglio 1937 non ha neanche dubitato di avere a pieno (e di fatto ha energicamente esercitato) il

(1) Pubblicata in *Foro it.*, 1938, I, 21.

(2) Cfr. Cassaz., 20 gennaio 1933, in *Foro it.*, 1933, I, 575.

potere di accertare *ex novo* la esistenza di una norma consuetudinaria non allegata e non accertata nel giudizio di merito, continui tuttavia ad insegnare come per il passato (cfr. per es. la decisione 12 luglio 1937, in *Sett. Cassaz.*, 1937, 1207) che l'indagine sull'esistenza di una pratica costante sfugge al controllo del S. C., il quale potrebbe soltanto sindacare se a questa pratica, incensurabilmente accertata, si accompagnino, per poter dar vita ad una consuetudine, i caratteri giuridici della *opinio iuris* (3). A chi raffronti questa pronuncia del 27 luglio 1937, con cui la Cassazione non ha arretrato in pratica dall'accertar l'esistenza di una norma consuetudinaria, colla giurisprudenza in cui essa in teoria si interdice costantemente il potere di compiere siffatti accertamenti, potrebbe parere, col dovuto rispetto, che qui la Corte suprema razzoli meglio di quanto non predichi: sicché c'è da augurarsi che il S. C., seguendo anche su questo punto quella certa generale tendenza, di cui nella sua giurisprudenza si rivelano i sintomi, a rivendicare, in conformità dei fini istituzionali, la pienezza delle sue funzioni, metta al corrente colla propria pratica la sua teoria rimasta qui alquanto in arretrato.

Si può dunque concludere che anche in Cassazione l'accertamento del diritto consuetudinario può compiersi d'ufficio, negli stessi limiti in cui ciò può avvenire dinanzi ai giudici di merito: anche il supremo collegio, cioè, può servirsi, per accertare l'esistenza di un uso, di quei mezzi di indagine extraprocessuale che si sogliono indicare colla espressione, ormai comune nella dottrina, di « scienza privata del giudice ». Ma forse, meglio di questa servile traduzione del tedesco *privates Wissen*, la quale par fatta apposta per ingenerare equivoci, sarebbe opportuno distinguere, nella cosiddetta « scienza privata » del giudice, le *informazioni private* sui fatti della causa, che l'art. 233 reg. gen. giudiziario vieta, dalle nozioni appartenenti alla *cultura* del giudice, che necessariamente sono di acquisizione extraprocessuale e il cui impiego nel processo è tuttavia non solo permesso, ma in certi casi obbligatorio per il giudice. Il giudice, in relazione alle nozioni acquisite con mezzi extraprocessuali, può trovarsi dinanzi a tre diverse situazioni: *divieto* di impiegare le informazioni private per accertare i fatti controversi della causa; *facoltà* di impiegare le nozioni appartenenti alla cultura extraprocessuale non giuridica (massime di esperienza; fatti notorî); *dovere* di impiegare le nozioni appartenenti alla cultura extraprocessuale giuridica (*iura novit curia*). L'accertamento del diritto consuetudinario (come di quello antico e straniero) può rientrare, quantunque si tratti di materia pertinente alla cultura *giuri-*

---

(3) Cassaz., 30 giugno 1934, in *Giur. it.*, 1934, I, 1, 136.

dica, nella seconda ipotesi; ma non può mai rientrare nella prima. Il giudice non è tenuto a conoscer d'ufficio il diritto consuetudinario, ma può, se vuole, procurarsene la conoscenza con mezzi extraprocessuali; né può esser diversa, su questo punto, la posizione della Corte suprema.

2. — L'accertamento fatto *ex novo* dalla Corte suprema di una norma consuetudinaria non rilevata nel giudizio di merito, ha suscitato, nella fattispecie che qui consideriamo, un altro dibattito: se tale accertamento non si dovesse considerare come una *questione nuova*, non proponibile per la prima volta in sede di cassazione.

Il problema è forse più complicato e più delicato di quanto non appaia dalla rapida motivazione della sentenza annotata. Questo terreno delle *questioni nuove* in Cassazione è uno dei più ardui ed insidiosi: quando si crede di aver trovato l'*ubi consistam* in qualche regola generale, basta la decisione di un caso a rimetter lo scompiglio in tutti i principî. In verità, in tema di questioni nuove, come in tema di incensurabilità o di difetto di motivazione, il Supremo collegio si lascia assai spesso guidare (bisogna francamente riconoscerlo) più da considerazioni, e si potrebbe dire da intuizioni, di specie, che da ragioni rigidamente dogmatiche: sicché la giurisprudenza, quand'entra su questi terreni, fa venir in mente l'adattabilità della pupilla, che si allarga o si restringe col variar delle cose su cui si posa lo sguardo.

Certo è che, in tema di questioni nuove in cassazione, bisogna tenere distinti due divieti che hanno portata ben diversa: quello per cui si nega alla Cassazione il potere di rilevare d'ufficio violazioni di legge non denunciate dal ricorso, da quello per cui si nega alla Cassazione il potere di prendere in esame, tra le violazioni di legge denunciate dal ricorso, quelle che sollevano questioni non trattate nel giudizio di merito. Nel nostro caso si discuteva se fosse applicabile il secondo divieto; ma, comunque si configurino in teoria i limiti del medesimo (4), certo è che nel nostro caso quel divieto non era invocabile, perché una volta posta dinanzi al giudice di merito una certa questione, attinente al singolo rapporto controverso (nel nostro caso la questione se, in quel rapporto di impiego, i 2/5 della diaria si dovessero considerare come parte integrativa dello stipendio) la questione rimane la stessa anche se per risolverla si invoca in Cassazione una norma giuridica diversa da quella invocata nel giudizio di merito (nel caso concreto una norma di diritto consuetudinario, invece della

---

(4) Cfr. CARNELUTTI, *Sulle questioni nuove nel giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, II, 13; e la mia voce *Cassazione*, in *Nuovo Dig. it.*, n. 47.

norma di un contratto collettivo) (5). Purché rimanga ferma la questione concreta attinente al singolo rapporto controverso, il S. C. è libero di desumere la soluzione da norme giuridiche astratte diverse da quelle tenute presenti nel giudizio precedente; né si può dire che nel nostro caso vi fosse, oltreché variazione della norma giuridica astratta, variazione della concreta *causa petendi* (la legge invece del contratto) (6), perché il contratto collettivo era stato invocato nel giudizio di merito non per la sua efficacia contrattuale, ma per la sua efficacia normativa, come fonte di una norma giuridica generale ed astratta, al pari di tutte le altre norme di diritto scritto o consuetudinario.

3. — Una singolarità del caso qui esaminato: tutte le questioni, sopra trattate, intorno ai poteri della Corte suprema in tema di accertamento ed applicazione di diritto consuetudinario, sono state sollevate e discusse non in sede competente, cioè dinanzi alla stessa Corte di cassazione, ma in sede di rinvio, dinanzi alla magistratura del lavoro, che, in ossequio agli artt. 28 del r. decr. 21 maggio 1934, n. 1073 e 91 r. decr. 1° luglio 1926, n. 1130, altro non poteva fare che uniformarsi a quanto la Corte suprema aveva deciso sull'esistenza e sull'applicabilità della norma consuetudinaria pertinente al caso.

La discussione intorno ai poteri della Corte suprema è sorta di straforo nel giudizio di rinvio, perché una delle parti, cioè quella alla quale la pronuncia della Cassazione era stata sfavorevole, ha tentato di sottrarsi alle conseguenze pregiudizievoli della medesima, sostenendo che essa non poteva avere efficacia vincolante per il giudice di rinvio, in quanto l'accertamento di una consuetudine avrebbe costituito una *quaestio facti* non compresa nel « punto di diritto » di cui parla l'art. 91 surrichiamato; ed in quanto altresì, trattandosi in concreto di una questione *nuova*, la Corte di cassazione avrebbe commesso nel risolverla un eccesso di potere, rilevabile in sede di rinvio. In tal modo, con queste eccezioni volte a negare o a limitare l'efficacia vincolante della sentenza di rinvio, la Corte bolognese si è trovata a dover prender in esame il problema dei limiti della propria competenza, e di conseguenza ha dovuto esaminare di scorcio il problema reciproco dei poteri della Corte di cassazione, la cui pronuncia costituisce la legge ed il limite del giudizio di rinvio.

---

(5) Cfr. CHIOVENDA, *Ist.*, II, pag. 596 e la sentenza Cassaz. Roma, 7 settembre 1911, in *Foro it.*, 1911, pag. 1435, ivi recata come esempio; CARNELUTTI, scritto cit., pagg. 15-16, e la sentenza Cassaz., 5 marzo 1928, in *Foro it., Rep.* 1928, v. *Cassazione civile*, n. 46.

(6) Nel qual caso, secondo la Cassaz., 17 gennaio 1927, in *Sett. Cassaz.*, 1927, pag. 200, vi sarebbe stata questione nuova non proponibile in cassazione.

La Corte di rinvio avrebbe potuto, evidentemente, astenersi dall'entrare a discutere in merito le censure che venivano mosse alla sentenza della Corte suprema: anche se fosse stato vero che l'accertamento di una consuetudine fosse una *quaestio facti* non sollevabile in Cassazione, o che nel caso concreto la questione fosse improponibile per novità, tutto questo non avrebbe dato alla Corte di rinvio il potere di censurare la sentenza del Supremo Collegio, e di rientrare ad esaminare se il ragionamento contenuto in tale sentenza fosse corretto o meno. Ma la Corte bolognese ha voluto fare di più: in quanto ha voluto dare la dimostrazione della infondatezza delle accuse che si muovevano in sede di rinvio alla Corte di cassazione, e vi è ottimamente riuscita. Così si è avuta questa singolarità giudiziaria, che a prima vista potrebbe dare l'impressione del mondo alla rovescia: di una sentenza di corte d'appello che prende in esame il problema della funzione e dei poteri della Corte di cassazione, e che, dimostrando infondate le censure mosse a una sentenza emanata da questo supremo consesso, si comporta al disopra di esso, nel difenderne la pronuncia, come organo di riesame e di conferma.

XXIV

LA DISTRAZIONE DEI GIUDICI COME MOTIVO DI NULLITÀ DELLA SENTENZA (*)

Più di una volta è stata seriamente discussa in Germania, e portata fino alla decisione del supremo tribunale dell'Impero, la questione della rilevanza giuridica del sopore dei giudici durante l'udienza: si è discusso, cioè, se il canone fondamentale dell'oralità, che vuole la presenza di tutti i componenti il collegio a tutto lo svolgimento del dibattimento, possa dirsi violato quando uno dei giudici (si è trattato sempre di scabini o giurati in processi penali), pur rimanendo materialmente presente nell'aula, abbia peraltro cercato scampo contro le lungaggini della procedura in quella specie di dolce evasione psichica che è il sonno. In un primo tempo il *Reichsgericht* aveva ritenuto che il sonno di uno o più giudici durante il dibattimento non potesse essere invocato (anche se documentabile) come motivo di nullità della sentenza; ma successivamente, con una sua decisione del 22 gennaio 1926 (RGESt., LX, 63) affermò che il collegio giudicante non è legalmente composto quando ne fa parte un giudice *continuativamente* incapace di seguire quanto si svolge nell'udienza, e che di conseguenza il sonno continuato del giudice può essere dedotto come motivo di nullità della sentenza, per violazione del principio dell'oralità e per irregolare composizione del collegio giudicante.

Peraltro, avvertiva prudentemente il *Reichsgericht*, non basta per aversi nullità che uno dei giudici dia segno di momentaneo assopimento, e neanche basta che, una volta tanto, russi: perché il russare, se avviene una volta sola (come per disgrazia può capitare a tutti), non basta a dimostrare la impossibilità continuata di seguire la discussione.

Ora la questione si è ripresentata al *Reichsgericht* negli stessi termini giuridici, ma con una fattispecie un po' diversa: non si trattava più di un giudice addormentato, ma di un giudice che, durante la discussione, invece di stare attento a quello che si diceva nell'aula, si

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. XV, 1938, P. I, pagg. 255-256]. [*Bibliografia*, n. 217].

era immerso per suo conto nel disbrigo di altre pratiche (vogliamo sperare, per essere ottimisti, che si trattasse tuttavia di pratiche d'ufficio). Questa volta il *Reichsgericht*, con una sentenza che è riportata in *Deutsche Rechtspflege*, 1937, pag. 29, ha ritenuto che non si possa sindacare il grado di attenzione che i giudici prestano alla discussione, e che la distrazione dei giudici non possa essere invocata come motivo di nullità della sentenza: ma questa decisione non piace al TROMMER (*Schlafende oder übermüdete Schöffen und Geschworene*, in ZA, 1938, 95), il quale ritiene che essa non sia conforme ai principî del nazionalsocialismo, in ossequio ai quali i presidenti dei collegi dovrebbero, secondo lui, impedire durante l'udienza ogni altra occupazione dei giudici che non sia quella di stare attenti al dibattimento, e insieme vigilare affinché le discussioni non riescano troppo stancanti.

Certo, questa ultima decisione del supremo tribunale dell'Impero, la quale sembra riconoscere la libertà dei giudici di attendere tranquillamente agli affari loro durante l'udienza e di considerar gli avvocati come gente importuna che viene a disturbare col parlare ad alta voce il corso dei loro pensieri, può apparire alquanto pericolosa: e mi fa venire in mente un quadro, che credo di aver veduto in qualche galleria straniera, nella quale un ignoto primitivo tedesco ha raffigurato, con una certa grossolana ingenuità caricaturale, i componenti di un consesso non so se giudiziario o accademico, i quali, mentre un oratore si scalmana a dissertare dinanzi a loro, cercano, ciascuno come meglio sa, di distrarsi e di ingannare il tempo: e si vedono due, che dalle opposte estremità dell'aula si palleggiano destramente un grosso codice ben rilegato; e un altro che con un suo pugnaletto tenta con grande attenzione di infilare sulla spalla del vicino addormentato una grossa mosca che vi passeggia; e un quarto che, alzatosi dal suo seggio, tira di scherma contro il muro; e un quinto, il presidente, che con tenera attenzione accarezza ed imbecca, appollaiato sul suo alto banco, un fantastico animale coperto di scaglie e penne, mezzo fagiano e mezzo basilisco...

(In conclusione: ma che proprio si deve scomodare il supremo collegio per discutere queste piccole questioni di tatto e di buona creanza? Da noi, quando il giudice sta per reclinar la testa nel sonno, l'avvocato accorto alza la voce di un mezzo tono, e quello subito si ricompone, fresco ed arzillo; e quando il giudice è distratto, l'avvocato interrompe a mezzo il discorso, e il giudice, a sentire quel silenzio improvviso, capisce a volo, e subito si rimette attento... Sono faccende che si risolvono caso per caso, con un gesto o con una pausa, senza bisogno di ricorrere in cassazione, e di farci su tante teorie. A regolar questi piccoli affari tra avvocati e giudici, basta il galateo: e, dopo, più amici di prima!).

XXV

IN TEMA DI REVOCAZIONE DI UNA SENTENZA DI SEPARAZIONE FONDATA SU SENTENZA PENALE POI RIFORMATA. POSTILLA (*)

Sono assolutamente d'accordo con HEINITZ, nel ritenere che nel caso da lui annotato la revocazione non avrebbe potuto essere ammessa: equiparare la sentenza ingiusta al documento ideologicamente falso è un salto, anzi un volo pindarico, al quale mi pare che il carattere tassativo dell'art. 494 cod. proc. civ. 1865 (art. 396, n. 2 del nuovo cod. proc. civ.) non si presti.

E tuttavia io sento (e con me credo sentirà ogni lettore sereno, che consideri il fatto con umanità) che qui il tribunale di Lucca, pur seguendo una strada giuridicamente sbagliata, si è lasciato fuorviare da un rispettabile sentimento di moralità familiare, la cui importanza non può esser disconosciuta.

Pensate un po': un commerciante, che in seguito a un disastroso fallimento è riparato all'estero, è condannato in contumacia a tre anni e nove mesi di reclusione per bancarotta fraudolenta. Appena pronunciata la sua condanna, la moglie, rimasta in Italia, si affretta a chiedere, ed ottiene contro di lui contumace la separazione personale per colpa del marito, basata sull'art. 151 cod. civ. 1865: dopo più di un anno il marito torna, appella contro la sentenza penale, è assolto dalla corte d'appello; ma quando si rivolge alla moglie, mondo da ogni imputazione, per riprendere con lei la convivenza coniugale, questa gli sventola in faccia la sentenza di separazione, e lo ferma sulla soglia con un *vade retro* fondato sul giudicato civile. Probabilmente se la moglie, invece di aprire le braccia al reduce purificato dall'assoluzione, si è fatta scudo del suo diritto alla separazione, vuol dire che ella

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. XIX, 1942, P. II, pagg. 68-72, come Postilla ad una nota di ERNESTO HEINITZ]. [*Bibliografia*, n. 265].

aveva altre ragioni, all'infuori della condanna per bancarotta, per non desiderare la ripresa della vita coniugale (e forse sarebbero bastate queste altre ragioni per darle diritto ad ottenere *ex novo* la separazione per colpa del marito); ma se l'unico appiglio per rifiutarsi di tornar col marito fosse stato veramente quello della condanna penale, ormai caduta nel nulla, l'atteggiamento di questa moglie, anche se conforme alle rigide leggi del giudicato, non sarebbe apparso proprio corrispondente a quel tipo ideale di buona moglie, consolatrice del marito e solidale con lui nelle gioie e nei dolori, che si incontra nella realtà assai più spesso di quanto pensino i pessimisti.

Evidentemente sono state queste considerazioni di carattere morale che hanno deviato il tribunale dalla retta via giuridica: errore commesso, dunque con nobile intento, ma tuttavia errore per il giudice che deve applicar la legge come è, e non come la vorrebbe.

Si può peraltro domandare se anche dal punto di vista strettamente giuridico non vi sia qualche altra strada, diversa da quella certamente aberrante della revocazione, per arrivare alla stessa soluzione alla quale il tribunale è giunto. Un primo ordine di ricerche potrebbe esser fatto in questa direzione: se vi siano nella nostra legge casi di separazione giudiziale *temporanea*, destinata cioè a durare non per sempre, ma solo finché dura quel certo stato di fatto in vista del quale la separazione è stata ordinata. Un caso c'è certamente, quello della separazione detta appunto « temporanea », che il tribunale può ordinare in pendenza del giudizio di annullamento del matrimonio (art. 115 cod. civ. 1865; art. 126, nuovo cod. civ.); ma questa separazione ha indubbiamente natura di provvedimento cautelare, e vi si riscontra in modo assai chiaro quel carattere di strumentalità ipotetica (separazione provvisoria, con cui si anticipano gli effetti dell'annullamento del matrimonio nell'ipotesi che la domanda di nullità sia accolta) che a mio avviso è essenziale in questi provvedimenti. Non si può dunque argomentare da questa disposizione, dettata per fini speciali, la temporaneità della separazione ordinata per altri casi in cui manca assolutamente ogni intento cautelare: non credo, quindi, che la separazione per il motivo della non fissata residenza (art. 153 cod. civ.) si possa considerar come destinata a venir meno quando, dopo un periodo più o meno lungo, il marito si decida finalmente a fissar la residenza in modo conveniente alla sua condizione; o che quella ordinata per condanna penale (art. 152 cod. civ.) debba considerarsi come automaticamente cessata quando il marito, scontata la pena, è in grado di tornare al domicilio coniugale. In tutti questi casi il fatto in cui si concreta la colpa del marito (non fissata residenza, condanna penale) basta a far sorgere, *una volta per sempre*, il diritto alla separazione: il quale una volta sorto e consacrato nel giudicato,

rimane definitivamente acquisito al coniuge che ha chiesto la separazione, anche se la permanenza del fatto costitutivo viene poi a cessare. I coniugi potranno poi, riconciliandosi, por fine d'accordo alla separazione; ma un diritto del coniuge già dichiarato in colpa, a far dichiarare giudizialmente cessato lo stato di separazione in seguito all'avvenuta cessazione della colpa stessa, non c'è. Le sentenze con cui l'autorità giudiziaria ordina la separazione coniugale per colpa di un coniuge non si possono considerare fra quelle pronunciate colla clausola *rebus sic stantibus* (modificabili per circostanze sopravvenute sono, per l'art. 810 del vecchio cod. proc. civ., soltanto i capi della sentenza di separazione che provvedono sulla somministrazione degli alimenti e sulla prole: il nuovo cod. proc. civ., art. 710 dice più in generale che « le parti possono sempre chiedere, con le forme del processo ordinario, la modificazione dei provvedimenti riguardanti i coniugi e la prole contenuti nella sentenza »; ma neanche questa formula più larga par che possa investire la decisione sul diritto alla separazione, che una volta passata in giudicato non è più in sé modificabile).

Ma nel nostro caso, in verità, c'era qualcosa di più e diverso. Non si trattava di un marito il quale, dopo aver scontata la pena e magari conseguita la riabilitazione, si presentasse a sostenere che il diritto alla separazione, sorto a causa della condanna penale, dovesse considerarsi estinto in virtù della clausola *rebus sic stantibus*, per il fatto nuovo e sopraggiunto della liberazione dal carcere; ma si trattava di un marito, il quale, avendo fatto annullare la sentenza di condanna penale su cui era basata la separazione e avendo con ciò retroattivamente ristabilito la stessa situazione giuridica in cui egli si trovava prima che quella sentenza fosse stata pronunciata, sosteneva che il diritto ad ottenere la separazione *non era mai sorto*, perché il fatto costitutivo di esso (condanna penale) *era in realtà, fin dal principio, insussistente.*

Ma arrivati a questo punto, mi par che si debba per forza tornare alla conclusione alla quale è giunto Heinitz. La separazione per colpa del marito è stata qui pronunciata a causa di un errore del giudice civile, il quale ha sbagliato ritenendo che il fatto costitutivo del diritto alla separazione (condanna penale) fosse sussistente, mentre in realtà non sussisteva: all'errore del giudice penale (condanna ingiusta) si è aggiunto un errore del giudice civile il quale ha creduto di potersi basare su quella sentenza nonostante che essa fosse ancora soggetta ad appello: e la sentenza del giudice civile, fondata su questo errore è passata in giudicato. L'errore del giudice non può dunque esser più rilevato: perché il giudicato, come *facit de albo nigrum*, può far di un innocente un colpevole.

Questa è, tutto considerato, la soluzione a cui bisogna per forza arrivare anche se essa lascia moralmente insoddisfatti. Per rimediare a un caso come questo potrebbe valere la prassi tedesca che ammette la nullità del giudicato *contra bonos mores*; ma forse, pur di salvare il principio della santità dei giudicati, è ancor preferibile che casi come questo (del resto in pratica eccezionali) rimangano senza rimedio.

XXVI

DEPOSITO SEPARATO PER MOTIVI CONDIZIONATI? (*)

1. — Ecco uno di quei casi che, alla prima lettura, fanno venir voglia al candido lettore di passarsi una mano sugli occhi (— sogno o son desto? —); e poi, quando si è assicurato di essere ben desto, la sua indole intellettualmente liberale (cioè sempre disposta a fare alta stima delle opinioni altrui e a dubitar della propria) gli mette addosso un senso di disagio e di umiliazione per la propria ignoranza, crassa fino al punto di aver creduto finora, senza neanche l'ombra di un dubbio, proprio il contrario di quello che oggi autorevolmente la corte suprema gli insegna.

Guardiamo, prima di tutto, quale era in questo giudizio di cassazione la posizione processuale delle parti.

Si trattava di una causa in materia ereditaria. Il *de cuius* Tartaglini aveva lasciato, oltre che un testamento olografo del 26 marzo 1928, una minuta autografa ma non sottoscritta di un altro testamento del 22 febbraio 1932; da ciò la lite fra i chiamati dal primo testamento e gli eredi legittimi, i quali (Tartaglini e litisconsorti), facendosi attori in giudizio contro i sostenitori del primo testamento (Scarpinato), chiedevano che questo si dichiarasse revocato, e che si aprisse la successione legittima, ovvero quella testamentaria in base al secondo.

Il tribunale di Ancona rigettò le domande dei Tartaglini; ma, su appello dei medesimi, la corte di Ancona, pur ritenendo la validità del primo testamento, dichiarava però che doveva aprirsi la successione legittima per gli immobili non contemplati da esso.

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. XIX, 1942, P. II, pagg. 105-113, in nota alla sentenza della Corte di Cassazione, 30 marzo 1942, Scarpinato c. Tartaglini, così massimata: « Quando nello stesso ricorso sono stati proposti più motivi di cassazione, alcuni incondizionatamente ed altri condizionatamente, questi ultimi debbono essere dichiarati inammissibili (anche se il ricorso sia accolto in tutti od alcuno dei motivi incondizionati) se per essi il ricorrente non abbia fatto un separato deposito per multa, non confondibile o compensabile con quello che il ricorrente abbia effettuato per i concomitanti motivi incondizionati »]. [*Bibliografia*, n. 269].

Contro questa sentenza furono proposti, *hinc et inde*, due ricorsi in cassazione: uno da Scarpinato per impugnare il capo relativo all'apertura della successione legittima sul patrimonio immobiliare; uno dai Tartaglini per impugnare il capo relativo alla validità del testamento 1928, contenente sei « motivi » o « mezzi ».

Il primo motivo del ricorso Tartaglini era *incondizionato*: indipendentemente dall'accoglimento del ricorso Scarpinato, i Tartaglini con questo primo motivo denunciavano la sentenza della corte d'appello per non avere accolto una loro domanda di rendiconto, consequenziale all'apertura della successione legittima sugli immobili. Gli altri cinque motivi erano invece *condizionati* (proposti cioè, come era espressamente detto, « per l'ipotesi che trovi accoglimento qualche mezzo del ricorso avversario »); e denunciavano quel capo della sentenza che aveva ritenuto la validità del testamento del 1928 per i beni in esso espressamente contemplati. Il ragionamento dei ricorrenti Tartaglini era dunque, *grosso modo*, questo: noi siamo disposti ad accettare la sentenza della corte di Ancona anche nel capo a noi sfavorevole in cui ha dichiarato la validità del testamento del 1928; ma ciò a condizione che essa sentenza rimanga ferma anche nel capo, a noi favorevole, in cui ha dichiarato aperta la successione legittima sugli immobili. Se, viceversa, il supremo collegio accoglierà il ricorso Scarpinato per la parte della sentenza a noi favorevole, allora noi la impugniamo (coi motivi dal secondo al sesto) in quella parte che ci è contraria.

La corte suprema, pronunciando colla sentenza che qui si annota sui due ricorsi riuniti, ha deciso così: sul ricorso Scarpinato, lo ha accolto in pieno (tre motivi accolti e gli altri dichiarati assorbiti); sul ricorso Tartaglini, ha dichiarato assorbito il primo motivo (incondizionato) in quanto la questione con esso posta deve intendersi compresa nella cassazione disposta in accoglimento del ricorso Scarpinato, e *ha dichiarato inammissibili, per mancanza di separato deposito, gli altri cinque motivi condizionati.* Così la decisione si è risolta in una piena sconfitta per i Tartaglini, i quali hanno visto annullata la sentenza in quella parte che dava loro ragione, e confermata, per dichiarata inammissibilità della impugnazione, in quella parte che dava loro torto.

2. — Bisogna prima di tutto rendersi conto della portata del principio affermato da questa sentenza.

Proporre in uno stesso ricorso, formalmente unico, più motivi di impugnazione, alcuni incondizionati ed altri condizionati (cioè proposti per la ipotesi che sia proposto ricorso anche dalla parte avversaria e che questo ricorso sia accolto), sembra che, anche secondo il supremo collegio, non sia vietato: ma, qualora si faccia questo cumulo (ha

dette il supremo collegio), il ricorso, formalmente unico, deve essere accompagnato da *due* depositi per multa: uno destinato a far da salvacondotto, diciamo così, per quella parte del ricorso che contiene i motivi incondizionati, ed uno a fare da secondo passaporto per quelli condizionati. Se questo secondo deposito non c'è, i motivi condizionati sono dichiarati inammissibili, e quindi non sono neanche presi in esame: e ciò anche nel caso che il ricorso sia stato accolto nei motivi incondizionati ed anche nel caso che sia stato accolto il ricorso avversario (in seguito a che essi motivi, per il verificarsi della condizione, sarebbero diventati anch'essi incondizionati).

Tutto questo ha detto il supremo collegio: e sta bene. Solamente vien fatto di domandare quale sia la legge in cui è scritta una cosa simile: o almeno, anche se proprio scritta non si trova, si vorrebbe sapere (poiché l'arte dei giuristi consiste spesso nel leggere i codici fra le righe) quale sia la *ratio legis* che permette di arrivare a una siffatta rigorosa conseguenza.

3. — È noto che, sotto il codice del 1865, il ricorso condizionato era sorto come un espediente escogitato dalla pratica per supplire alla natura strettamente difensiva del controricorso ed alla mancanza di quel ricorso incidentale, che il nuovo codice espressamente regola (art. 371).

Nel caso di soccombenza reciproca su capi diversi della stessa sentenza, poteva darsi che tutt'e due le parti proponessero contemporaneamente un proprio ricorso incondizionato, ciascuna per impugnare i capi ad essa sfavorevoli. Ma poteva darsi altresì che una parte fosse disposta ad accettare la sentenza nei capi ad essa sfavorevoli, a condizione che l'altra parte non impugnasse (o che l'impugnativa non fosse accolta) i capi sfavorevoli a lei: in tale ipotesi la parte a cui fosse stato notificato, o in previsione che potesse esserle notificato, il ricorso principale avversario, poteva, *nei termini e nelle forme stabilite per la presentazione del ricorso principale*, proporre a sua volta ricorso condizionato, per chiedere che, se il ricorso avversario fosse accolto per i capi denunciati, la corte annullasse anche quei capi della sentenza che erano sfavorevoli al resistente (1).

Per l'ammissibilità di questo ricorso condizionato occorreva indubbiamente il solito deposito per multa prescritto in genere per ogni ricorso in cassazione; ma tale deposito era richiesto non già perché questo ricorso era condizionato, ma semplicemente perché era *un ricorso autonomo*, che, in mancanza di speciali disposizioni, era sotto-

(1) Cfr la mia *Cassazione civile*, in *Nuovo Dig. it.*, n. 37.

posto all'osservanza di tutte le prescrizioni formali dettate dalla legge per i ricorsi principali.

Questa assimilazione, per quanto riguardava l'osservanza delle forme, del ricorso condizionato a quello principale era perfettamente logica: poiché anche il ricorso che si presentava come condizionato al momento della sua proposizione (quando il ricorrente non sapeva ancora se l'avversario avrebbe a sua volta ricorso, o se il ricorso avversario sarebbe stato accolto), era destinato a diventare incondizionato al momento in cui la corte di cassazione avrebbe dovuto esaminarlo. I casi erano infatti due: o la condizione a cui il ricorso era sottoposto non si verificava (in quanto l'avversario non avesse a sua volta ricorso o in quanto il suo ricorso fosse rigettato), e in tal caso la corte di cassazione non aveva occasione di entrare ad esaminare la fondatezza del ricorso condizionato; o la condizione si verificava (in quanto il ricorso avversario fosse accolto), e in tal caso il suo carattere condizionato veniva meno, e il supremo collegio doveva prenderlo in esame *come se fosse stato fin da principio un ricorso principale incondizionato*. Era dunque logico che anche il ricorso condizionato dovesse essere accompagnato da un regolare deposito per multa al pari di un ricorso principale incondizionato: perché, se la corte di cassazione entrava a esaminare il merito, questo voleva dire che ormai esso era in tutto equivalente a un ricorso principale incondizionato.

Questa essendo la struttura del ricorso condizionato, si capisce facilmente quale dovesse essere la sorte del deposito nel caso che la condizione si fosse verificata: se il ricorso era rigettato, il deposito veniva confiscato; se era accolto, veniva restituito. Non altrettanto chiara era la cosa nel caso che la condizione non si verificasse: allora, poiché il ricorso avrebbe dovuto considerarsi come non proposto, la logica avrebbe voluto che il deposito fosse restituito come in caso di rinuncia; ma, di fronte a questa opinione corretta e finora seguita dalla maggioranza della giurisprudenza (2), non sono mancate decisioni isolate che hanno assimilato il ricorso condizionato, non preso in esame perché la condizione non si è verificata, al ricorso inammissibile (3) o addirittura al ricorso rigettato (4), e che di conseguenza hanno ordinato anche in questo caso la confisca del deposito.

---

(2) Cfr. Cass., 9 agosto 1940, n. 2927, in *Mass. Foro it.*, 1940, col. 543; 12 gennaio 1939, n. 69, ivi, 1939, col. 19; ecc.

(3) Cfr. Cass., 13 febbraio 1925, in *Rep. Foro it.*, 1925, v. *Cassazione*, nn. 16-19.

(4) Cfr. la sentenza della 3ª sez. 30 aprile 1942, in causa Bonati c. Mainardi, annotata da Masè-Dari, *Funzioni e caratteri del ricorso condizionato e riflessi sulle spese e sulle sorti del deposito* (in *Foro it.*, 1942).

4. — Tutte queste considerazioni però si riferiscono al caso in cui l'impugnazione condizionata fosse stata fatta mediante ricorso formalmente separato ed autonomo: nel qual caso, lo ripeto, il ricorso condizionato doveva essere accompagnato da un proprio deposito non perché l'impugnazione era condizionata, *ma perché essa era proposta mediante un ricorso separato ed autonomo.*

Le considerazioni fatte finora non hanno dunque niente a che vedere col caso deciso dalla sentenza che qui si annota: in cui non si aveva una impugnazione condizionata proposta con un ricorso separato ed autonomo, ma si aveva un ricorso principale (accompagnato dal prescritto deposito per multa) nel quale erano compresi, insieme con un motivo incondizionato, alcuni altri motivi condizionati. Perché mai questi motivi condizionati, inclusi (lo ripeto ancora una volta, per convincer me stesso che le cose stanno proprio così!) in un ricorso principale, si dovrebbero considerare come stralciati dal resto del ricorso di cui fanno parte, e assoggettati, essi soli, a questo « trattamento di favore » consistente nell'esigere per essi un secondo deposito? Che un solo ricorso possa cumulare più motivi o mezzi di cassazione senza che occorra, per quanto numerosi possano essere i motivi, più di un solo deposito, è una regola elementare della quale (almeno a mia scienza) nessuno ha mai dubitato... Dunque, se si ammette che basti un solo deposito per sorreggere un ricorso contenente, poniamo, cento motivi di cassazione tutti incondizionati (faccio un'ipotesi assurda; ma, insomma, chi non ha perpetrato in vita sua almeno un ricorso con più di dieci motivi, scagli la prima pietra!), perché mai si dovrà ritenere che questa regola non sia più vera per un ricorso smilzo di due soli motivi, solamente in vista del carattere condizionato di uno di essi? Perché mai questo cumulo nello stesso ricorso di più motivi, che è sempre apparso innocuo quando questi sono tutti incondizionati, si dovrebbe considerare come micidiale quando avvenga tra motivi incondizionati e motivi condizionati, quasi che a metterli insieme nello stesso ricorso rischi di venir fuori una miscela esplosiva simile a quella che si produce accoppiando il nitro colla glicerina?

È noto che sotto il vecchio codice l'art. 500, richiamato dall'ultimo comma dell'art. 521, stabiliva che bastasse un solo deposito anche quando il ricorrente, con un solo ricorso, impugnasse *più sentenze* pronunziate nello stesso giudizio; e che un solo deposito fosse altresì sufficiente quando *più persone*, aventi lo stesso interesse, proponessero insieme un unico ricorso contro la stessa sentenza. Una restrizione a quest'ultima regola era stata introdotta dalla giurisprudenza sulle orme del Mortara (5), per il caso in cui più ricorrenti avessero proposto un

(5) *Comm.* IV, n. 366, pag. 581; Cass., 11 luglio 1939, n. 2468, in *Mass. Foro it.*, 1939, col. 488.

solo ricorso contro la stessa sentenza, ma *per motivi diversi*, in modo che l'esito del ricorso potesse essere diverso per i varî ricorrenti: in tal caso, difronte alla difficoltà pratica di regolare la sorte dell'unico deposito, che avrebbe dovuto essere contemporaneamente restituito ai ricorrenti vittoriosi e confiscato nei confronti di quelli soccombenti, la giurisprudenza si era orientata nel senso di esigere, pur essendo unico il ricorso, altrettanti depositi quanti erano i ricorrenti che facevano valere motivi indipendenti di impugnazione; e se il deposito era uno solo, il ricorso era logicamente dichiarato inammissibile per tutti i ricorrenti, non essendo possibile stabilire a quale di essi, ed a quale tra i diversi motivi proposti, dovesse essere attribuito quale unico deposito. Ma anche questa restrizione è oggi scomparsa dal nuovo codice, in cui l'art. 364, secondo comma, dispone che « è sufficiente un solo deposito quando più parti ricorrono con lo stesso atto contro una o più parti, *anche per motivi diversi* » (6).

Manca dunque, tanto nel vecchio codice quanto in quello nuovo, ogni appiglio testuale che giustifichi l'opinione espressa dalla corte suprema nella sentenza che annotiamo. La legge dice espressamente che basta un solo deposito anche se i ricorrenti sono più; che basta un solo deposito anche se più sono le sentenze impugnate; che basta un solo deposito anche se i varî ricorrenti fanno valere *motivi diversi*... E ciò nonostante, nel silenzio della legge (anzi contro la tendenza a largheggiare dimostrata ora dall'art. 364 del nuovo codice) si dovrebbe ritenere che occorrano più depositi quando il ricorrente è uno solo e una sola è la sentenza impugnata, solo perché tra i motivi del ricorso alcuno ha carattere condizionato?

5. — Si noti poi che, in realtà, non c'è si può dire alcun ricorso in cui non si trovi qualche motivo condizionato. Anche nei ricorsi in cassazione esiste quasi sempre quella certa gerarchia scalata delle domande, per cui alcuni motivi appaiono presentati « in tesi » ed altri « in ipotesi »: c'è il motivo principale che mira alla cassazione totale, e c'è quello subordinato col quale si spera, se il primo sarà rigettato, di ottenere almeno l'annullamento di un capo secondario, come un premio di consolazione. Ora in tutti questi casi i motivi proposti in subordine o in ipotesi sono motivi proposti *condizionatamente*: destinati cioè ad esser presi in esame solo se quello proposto in tesi è rigettato. Si dovrà dunque dire che tutte le volte che in un ricorso è proposto un motivo di ipotesi condizionato al rigetto di quello di tesi, per farlo prendere in esame occorrerà raccomandarlo ad un separato deposito per multa?

---

(6) Cfr. ANDRIOLI, *Comm.*, I, art. 364, n. 11.

Il vecchio codice contemplava poi un'ipotesi ancor più vicina al caso nostro: quella in cui un ricorrente impugnasse collo stesso ricorso due sentenze pronunciate nello stesso giudizio, per es., una interlocutoria e la definitiva basata su di essa. In questo caso il ricorso contro la definitiva aveva necessariamente carattere condizionato, perché i motivi diretti contro di essa erano proposti solo nella ipotesi che fosse rigettato il ricorso contro l'interlocutoria: eppure anche qui, per legge (art. 500 richiamato dall'art. 521 ultimo comma, cod. proc. civ. 1865) il deposito era uno solo! (7).

È da notare inoltre che quando, come nel caso nostro, in uno stesso ricorso, accompagnato da regolare deposito, sono proposti insieme alcuni motivi incondizionati ed altri condizionati all'accoglimento del ricorso avversario, questa differenza tra i due gruppi di motivi *sparisce al momento in cui la corte deve decidere*: dato che, per le osservazioni già fatte al n. 2, anche i motivi condizionati son diventati, al momento di prenderli in esame, incondizionati (altrimenti la corte, se la condizione non si fosse verificata, non potrebbe prenderli in esame), il ricorso, che al momento in cui fu proposto cumulava motivi in parte incondizionati e in parte condizionati, si presenta, al momento della decisione, *come omogeneo e comprendente motivi tutti quanti ugualmente incondizionati.* Un solo deposito deve dunque, anche sotto questo aspetto, bastare per tutti.

E c'è un'ultima osservazione da fare, quella attinente alla *ratio legis.* È noto che il deposito per multa è destinato, nei giudizi di cassazione, a servire di remora alla litigiosità (*poena temeritatis*): ora, se un solo deposito per multa è ritenuto remora sufficiente per i ricorsi contenenti motivi tutti incondizionati (in numero teoricamente illimitato), perché mai ci dovrebbe volere una doppia difesa contro la litigiosità solo perché alcuni di questi motivi sono proposti condizionatamente? Il ricorso condizionato, anziché rivelare una esasperazione di litigiosità meritevole di una maggior severità di mezzi preventivi, rivela una tendenza alla conciliazione che proprio non si riesce a capire perché debba essere scoraggiata col raddoppiare di fronte a lei i baluardi fiscali. Dal ricorrente che vuole impugnare in cassazione tutta intera e a tutti i costi la sentenza, la legge, per ammetterlo ad esporre le sue ragioni, esige il deposito di seicento lire; perché mai al ricorrente più modesto e meno pugnace, che attacca soltanto una parte della sentenza, e per il resto si dichiara onestamente disposto ad accettarla anche nella parte in cui gli nuoce purché altrettanto faccia il suo avversario, lo scotto dovrebbe esser raddoppiato a milleduecento lire?

---

(7) Per il ricorso contro più sentenze sotto il nuovo codice, cfr. ANDRIOLI, *Comm.*, art. 364, II.

6. — Né il valore di queste osservazioni viene distrutto, s'io non mi inganno, dalla laconica motivazione con cui la suprema corte ha giustificato il suo contrario avviso. I motivi condizionati sono stati dichiarati inammissibili perché « il ricorso condizionato è un ricorso autonomo, proponibile colle stesse forme prefisse dalla legge per il ricorso puro e semplice »: e basta. Già: il ricorso condizionato è un ricorso autonomo; il male è che i motivi condizionati contenuti, insieme con altri incondizionati, in un unico ricorso che tutti li comprende, non sono un ricorso autonomo... Questo è il punto!

Altrimenti, con questo ragionamento, si arriverebbe assai lontano; sulla traccia di esso si potrebbe dire infatti che siccome ognuno dei motivi, anche incondizionati, cumulati in un ricorso formalmente unico, avrebbe potuto esser proposto con un ricorso separato ed autonomo, e siccome ogni ricorso autonomo avrebbe dovuto essere accompagnato da un proprio deposito per multa, ne vien di conseguenza che per ognuno dei motivi cumulati nel ricorso unico (condizionati o incondizionati che siano) occorre ugualmente, a pena di inammissibilità, un deposito separato...

Nel caso nostro ci sarebbero, poi, ad aver voglia, altri indovinelli da sciogliere. La giurisprudenza inspirata all'insegnamento del MORTARA, che nel caso di più ricorrenti per motivi diversi esigeva tanti depositi quanti erano i ricorrenti, portava logicamente a questa conseguenza: che, non sapendosi a quale di essi attribuire il deposito unico, il ricorso veniva dichiarato inammissibile *in toto*, per tutti i ricorrenti e per tutti i motivi. Qui invece il supremo collegio ha ritenuto che il deposito unico valesse per il motivo incondizionato e non per quelli condizionati: come si giustifica questa preferenza? e perché non si è preferito, giacché si voleva salvare una parte del ricorso, attribuire il deposito ai motivi condizionati e dichiarare inammissibile (invece che assorbito) il motivo incondizionato? Mistero.

7. — La questone conserva importanza pratica anche sotto il nuovo codice: dove nessuna norma vieta di cumulare nello stesso ricorso motivi incondizionati e motivi condizionati.

È dunque desiderabile che si ripresenti presto alla corte suprema l'occasione di riesaminare questa sua giurisprudenza, per emendarla (lo auguriamo rispettosamente) o magari anche, in ipotesi dannatissima, per confermarla con una motivazione persuasiva o almeno, se questo è troppo pretendere, perentoria. In questioni formali e fiscali com'è quella qui discussa, ciò che sopra tutto conta è la certezza delle regole: questa è sopra tutto indispensabile, per non fare sprecare i denari dei litiganti e per risparmiare agli avvocati, anche ai più scrupolosi ed attenti, sorprese del genere di quella capitata all'avvocato

dei Tartaglini (che probabilmente non era un principiante...), quando ha sentito dichiarare inammissibili per una così imprevedibile ragione di forma i cinque motivi condizionati del ricorso ai quali era affidata la sorte del patrimonio dei suoi clienti.

Casi come questi mettono in pericolo la serietà e il buon nome dell'avvocatura: e non di essa soltanto. Io mi immagino il colloquio tra quei clienti e quel difensore, al momento in cui si viene a conoscere l'infortunio: — Ma come (dicono i clienti), lei non sapeva che in un caso come questo occorrevano due depositi invece d'uno?... — Eh, no, francamente: non lo sapevo... — Ma è possibile? Nessuno gliel'aveva mai detto? — Eh no (risponde sconsolatamente l'avvocato), nessuno me l'aveva mai detto... — Ma la giurisprudenza non le ha insegnato nulla? — Eh sì, (continua il derelitto) mi ha insegnato il contrario... —

Che cosa pensino della giustizia i clienti quando si sentono dare di queste risposte, io non lo voglio sapere (8); ma dico che, affinché gli avvocati siano messi in grado di servirla, bisogna che qualcheduno si incarichi di dir loro con chiarezza quali sono le regole a cui essi debbono obbedire. Se domani una legge chiaramente prescrivesse che nei ricorsi in cassazione occorrano tanti depositi quanti sono i motivi, potremmo discutere sulla opportunità *in iure condendo* di un siffatto aggravio, ma almeno *in iure condito* si saprebbe come regolarsi. Recentemente l'adunanza dei presidenti delle sezioni civili della corte di cassazione ha stabilito (come si è letto in nitidi caratteri anche sulla copertina del *Foro italiano*) che « il ricorso per sospensione di esecuzione, presentato con istanza autonoma, deve essere accompagnato, a pena di inammissibilità, da deposito nelle forme ordinarie, indipendente da quello relativo al ricorso principale, ed è portato in camera di consiglio con precedenza ». Credo che non sarebbe molto agevole per un costituzionalista classificare questa (come chiamarla?) « interpetrazione promissoria » dei presidenti di sezione, nel quadro delle fonti del diritto. All'apparenza essa si presenta, più che come una interpetrazione autentica dell'art. 373 del cod. proc. civ., come un'aggiunta ed una modificazione di esso; ma l'adunanza dei presidenti di sezione, per quanto autorevolissima, non ha nel nostro ordinamento costituzionale, ch'io mi sappia, né il potere di interpretare la legge in modo per tutti obbligatorio, né, *a fortiori*, quello di creare leggi nuove; questa deliberazione si deve intendere dunque piuttosto come un'ammonizione collettiva proveniente dai presidenti di sezione, i quali, a

(8) Non si può dimenticare quanto autorevolmente ammoniva il MORTARA, *Comm.*, IV, pag. 586, sulla « inevitabile apparenza di un vero diniego di giustizia che assume la dichiarazione di inammissibilità di un ricorso per un motivo fiscale, quando abbia l'aria di un pretesto illegittimo ».

scanso di guai, avvertono preventivamente i ricorrenti dell'avvenire, e i loro avvocati, che sull'art. 373 si formerà una giurisprudenza costante conforme a questa loro presa di posizione; e che di conseguenza, chi vuol che la sua istanza di sospensione sia presa sul serio, deve mettersi al sicuro pagando un deposito doppio: uomo avvisato, mezzo salvato. (Sta bene: ma come possono i presidenti impegnare in anticipo la giurisprudenza delle loro sezioni? e chi potrà impedire a queste, quando in avvenire saranno chiamate ad applicare ai casi concreti l'art. 373, di interpretarlo tutto a rovescio da questo opinamento dei presidenti?) (9).

In ogni modo questa dichiarazione preventiva dei presidenti (il cui precedente storico più ragguardevole è forse costituito dagli *arrêts de règlement* coi quali le corti d'appello dell'*ancien régime* in lotta colla monarchia, stabilivano preventivamente, in forma generale ed astratta, quale era il significato che esse intendevano dare nella propria circoscrizione alle *ordonnances* regie) può avere non soltanto uno scopo intrinsecamente plausibile, qual è quello di arginare il flusso, che già si preannunciava minaccioso, delle istanze di sospensione non giustificate da eccezionali motivi (10), ma ha anche di certo, per noi avvocati, un gran pregio formale; quello della chiarezza (e, si potrebbe dire, della... franchezza). D'ora innanzi noi sappiamo che per avere una decisione separata sull'istanza di sospensione occorre versare, nonostante che nessun articolo del codice lo abbia mai detto, un secondo deposito; e siamo quindi messi in grado, da questo avvertimento dei presidenti, di non far brutte figure coi clienti.

Se proprio si vuole che anche per i motivi condizionati inseriti in un ricorso principale si segua la stessa prassi, sarà opportuno che per l'avvenire ci sia dato anche su questo punto (magari sulla copertina del *Foro italiano*) un sincero avvertimento!

---

(9) Cfr. le giustamente vivaci considerazioni di Francesco Carnelutti, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, II, pag. 103 (che leggo mentre correggo le bozze di questa nota).

(10) Cfr. in proposito Gabrieli, in *Giur. it.*, 1942, IV.

XXVII

SOPRAVVIVENZA DELLA QUERELA DI NULLITÀ NEL PROCESSO CIVILE VIGENTE (*)

SOMMARIO: 1. Significato storico dell'art. 161 Cod. proc. civ. — 2. Sopravvivenza dell'*actio nullitatis*. — 3. L'appello in funzione di querela di nullità. — 4. Il ricorso in cassazione in funzione di querela di nullità. — 5. Se la nullità della sentenza possa esser fatta valere con altri mezzi di impugnazione. — 6. Conclusione.

1. — A nessuno verrebbe in mente, volendo descrivere il sistema dei mezzi di impugnazione oggi vigente, di menzionare tra essi la querela di nullità. Questa è una nozione elementare, acquisita al bagaglio d'ogni coscienzioso studente che si presenti all'esame di procedura civile: la *querela nullitatis* esisteva un tempo, nel diritto comune; ma oggi, nelle legislazioni moderne, la sua funzione è stata assunta da altre forme di impugnazione più sbrigative e più comprensive, ed essa, come mezzo di impugnazione autonomo e distinto, è rimasta soltanto un ricordo storico.

Questo è esatto, se si guarda alle parole: in nessun articolo del Codice di procedura civile si trova ricordata la « querela di nullità »: eppure, a guardar meglio sotto le parole, ci si accorge che essa, anche se non ve n'è espressa menzione, continua ad esistere come realtà anche nel processo moderno.

Anzi il Codice di procedura civile vigente contiene, ad attestarne la sopravvivenza, un'apposita disposizione, cioè l'art. 161: il quale, mentre ha l'apparenza d'esser soltanto una superflua pietra tombale posta sulla querela di nullità già da tempo onoratamente sepolta, è in realtà un indiretto riconoscimento della insopprimibile vitalità che essa conserva tuttora, anche se nel processo moderno si trova ridotta a dover vivere sotto nome non suo.

Il primo comma dell'art. 161, il quale stabilisce che « la nullità

(*) [Pubblicato in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, vol. IV, Bologna, Zanichelli, 1953 e in *Rivista di diritto processuale*, a. VI, 1951, P. I, pagg. 112-128. Ristampato in *Studi*, VI, pagg. 72-88]. [*Bibliografia*, nn. 589 e 670]

delle sentenze soggette ad appello o a cassazione può esser fatta valere soltanto nei limiti e secondo le regole proprie di questi mezzi di impugnazione », non ha, sotto l'aspetto pratico, portata innovativa, e potrebbe esser cancellato dal Codice senza che la pratica se ne avvedesse: perché non altro fa che tradurre in formula esplicita, al solo fine dalla chiarezza sistematica, un principio fondamentale, ispiratore del processo moderno e implicito anche nel Codice del 1865, il quale costituisce il punto di arrivo di una evoluzione quasi due volte millenaria, compiutasi nel sistema dei mezzi di impugnazione dal diritto romano alle vigenti codificazioni europee. È il principio che la dottrina moderna, ancor prima che il Codice vigente lo avesse tradotto, coll'art. 161, in norma positiva, aveva enunciato con varie formule: parlando di conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame (1), di azioni di impugnazione esercitate in via di gravame (2), di assorbimento della invalidazione nella impugnazione (3).

Diverse terminologie per indicare tutte quante lo stesso fenomeno storico, compiutosi nelle legislazioni moderne: cioè la sparizione di un apposito e separato rimedio processuale, *querela nullitatis*, esperimentabile contro la sentenza *nulla*, ossia viziata da difetti di attività (*errores in procedendo*), e la fusione, la incorporazione si potrebbe dire, di questo rimedio in quelli appositamente istituiti per riparare la sentenza ingiusta, cioè viziata da difetti di giudizio (*errores in iudicando*); dal che consegue che la nullità della sentenza, assoggettata allo stesso regime di gravami predisposto per la sentenza ingiusta, la cui ingiustizia non è più rilevabile quando il termine per esperimentare il gravame sia decorso, si trasforma da nullità in *impugnabilità*, cioè da nullità che si può far dichiarare in ogni tempo mediante una azione di mero accertamento, in annullabilità che si può far valere soltanto nel termine dato per la impugnazione, e che, decorso questo, rimane *sanata*.

2. — Sotto questo aspetto l'art. 161 non fa altro che prender atto di una trasformazione storica già compiuta nel sistema delle impugnazioni: e per questo il suo posto più appropriato nel Codice sarebbe stato sotto il titolo delle impugnazioni, come disposizione proemiale del capo « delle impugnazioni in generale ».

Senonché questo art. 161 non ha soltanto importanza per così dire commemorativa; esso può servire infatti, coi due commi che lo com-

---

(1) Provinciali, *Sistema delle impugnazioni civili*, Padova, 1943, pag. 123.

(2) Calamandrei, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Studi*, vol. I, pag. 198 segg.

(3) Carnelutti, *Istituzioni*², I, n. 379.

pongono, non solamente a far meglio comprendere il sistema delle impugnazioni adottato dal nostro Codice, ma anche a risolvere (o, talvolta, a complicare) non pochi problemi esegetici suscitati da questo sistema.

Intanto il capoverso dell'art. 161, il quale stabilisce che il principio enunciato nel primo comma « non si applica quando la sentenza « manca della sottoscrizione del giudice », riconosce che quel principio *ammette almeno una eccezione*. Vi è almeno un caso, quello in cui « la sentenza manca della sottoscrizione del giudice », in cui l'assorbimento dei motivi di nullità in motivi di gravame non opera, e in cui la nullità non si converte in annullabilità; vi è *almeno un caso*, dunque, in cui la nullità di una sentenza può esser fatta valere, invece che attraverso i mezzi di impugnazione, mediante una normale azione di accertamento, *actio nullitatis* volta a far dichiarare, senza limite di tempo, che la sentenza è stata fin da principio, ed è rimasta, invalida e inidonea a passare in giudicato (4). Ma in realtà non si tratta di un solo caso, anche se l'art. 161 non parla che di uno: giurisprudenza e dottrina sono d'accordo nel ritenere che possono presentarsi nella pratica una serie di casi, che la legge non menziona, e dei quali non è possibile fissare in anticipo una compiuta elencazione, nei quali la sentenza è inidonea materialmente, si direbbe quasi *fisicamente*, a passare in giudicato (la sentenza non scritta, la sentenza senza dispositivo, la sentenza di contenuto incerto o impossibile, e così via), e di fronte alla quale il decorso del termine per esperimentare i mezzi di impugnazione non può avere l'effetto di sanare la nullità e di precludere l'esercizio della ordinaria azione dichiarativa della nullità insanabile (5).

Io non credo, come crede l'ANDRIOLI (*Comm.*², I, p. 396), che tutto l'art. 161 si debba intendere in funzione dell'art. 158, nel senso cioè che tutt'e due i commi dell'art. 161 vogliano riferirsi soltanto a quelle nullità della sentenza, derivanti « da vizi relativi alla costituzione del giudice o all'intervento del p. m. », sulle quali dispone l'art. 158.

Intanto è da tener presente, per evitare equivoci, che quando l'art. 158 parla di nullità « insanabile », usa questa parola in un senso diverso da quello che essa ha quando è adoprata, come finora abbiamo visto, per indicare quelle nullità della sentenza (*nullità assoluta*, da alcuni autori detta anche *inesistenza giuridica*) che non sono sanate

---

(4) In quali limiti il difetto di sottoscrizione sia rimediabile colla correzione (art. 287 e segg. cod. proc. civ.) e in quali limiti produca nullità delle sentenze è questione discussa: cfr. SATTA, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, c. 269.

(5) Cfr. in *Studi*, vol. I, pag. 168; ANDRIOLI, *Comm.*², I, pag. 396; FRONTIERI, in *Giur. it.*, 1950, II, c. 252.

neanche dalla preclusione dei mezzi di impugnazione. Nell'art. 158 sono invece chiamate insanabili quelle nullità della sentenza, che, nel caso del giudizio che precede la decisione, non sono soggette alle cause di sanatoria per fatto delle parti, di cui all'art. 157, e che di conseguenza devono in ogni caso esser rilevate d'ufficio dal giudice al momento in cui decide; ma anche queste nullità, in questo senso insanabili agli effetti dell'art. 158, diventano sanabili agli effetti dell'art. 161, in quanto anch'esse non possono più esser rilevate quando i mezzi di impugnazione contro la sentenza sono preclusi. A questa preclusione il capoverso dell'art. 161 fa una sola eccezione, quella della sentenza che manchi della sottoscrizione del giudice; la cui nullità, dunque, è insanabile non solo nel senso dell'art. 158, ma altresì in quello più stretto, in cui la dottrina parla di sentenze *assolutamente nulle* o *giuridicamente inesistenti.*

Questa esegesi dell'art. 161 in relazione cogli artt. 157 e 158 Cod. proc. civ. non mi pare che porti a concludere, come vorrebbe l'Andrioli, che tutto l'art. 161 (anche il primo comma) debba riferirsi soltanto alle nullità derivanti dalla costituzione del giudice di cui parla l'art. 158: in realtà, il primo comma dell'art. 161 contiene una regola generale (più vasta di quella dell'art. 158), che si applica a tutte le nullità della sentenza, tra le quali rientrano, come specie del genere, anche le nullità derivanti dalla costituzione del giudice di cui parla l'art. 158. Alla regola generale, enunciata nel primo comma dell'art. 161 e valevole per tutte le nullità della sentenza, la legge prevede espressamente una eccezione, quella enunciata nel cpv. dell'art. 161; ma questo non esclude (come si è sempre ritenuto, anche prima che esistesse l'art. 161) che altri casi di *nullità assoluta* in senso stretto vi possano essere, non solo per necessità logica, ma anche per necessità *pratica*, tutte le volte che la sentenza manchi di quel minimo di elementi essenziali che sono indispensabili per passare in giudicato, cioè per produrre quell'effetto di *certezza giuridica* che è lo scopo del giudicato.

Possiamo dunque concludere che vi è almeno un caso (quello dell'art. 161 cpv.), ma in realtà tutta una serie di casi non determinabili *a priori*, nei quali sopravvive anche nel nostro diritto, fuor del campo dei mezzi di impugnazione enumerati nell'art. 323, l'antica *actio nullitatis* contro la sentenza viziata da nullità insanabile. Per questi casi il principio fondamentale che sta a base di tutto il sistema delle impugnazioni, secondo il quale il giudice *a quo*, una volta che abbia pronunciato la sua sentenza, *functus est officio suo*, e non può, se non in via di revocazione o di opposizione di terzo, esser nuovamente adito per la stessa causa, non ha valore. L'*actio nullitatis* contro la sentenza assolutamente nulla si porta dinanzi al giudice di primo grado che sia

competente a decidere secondo le regole ordinarie della competenza; e può darsi così che giudice competente secondo queste regole sia lo stesso, da cui è stata pronunciata la sentenza nulla (giudice *a quo*), come può darsi che sia un giudice di primo grado diverso territorialmente, e magari diverso per grado (quando per es. la sentenza assolutamente nulla sia stata pronunciata da un giudice d'appello). Anche in ciò si vede quanto questa *actio nullitatis* differisca dai veri mezzi di impugnazione: i quali, ove siano per legge riproponibili nello stesso grado, debbono per forza esser portati « davanti allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata » (artt. 398 e 405), e non dinanzi a un giudice diverso, sia pure dello stesso grado (6).

3. — Ma anche la vera querela di nullità, non come adattamento alla sentenza assolutamente nulla della generale azione dichiarativa di nullità (*actio nullitatis*), ma come specifico mezzo processuale per impugnare dinanzi al giudice superiore la sentenza annullabile (*querela nullitatis* del diritto comune) sopravvive pur essa *in re*, se non *in nomine*, nel nostro diritto. E in primo luogo sopravvive sotto il nome di appello.

È nota la interessantissima evoluzione che portò, nel diritto statutario e nel diritto comune, alla nascita della *querela nullitatis* (7): giunta al suo pieno sviluppo dottrinario la querela di nullità che, come l'*appellatio*, si portava al giudice di appello, differiva dall'*appellatio* soprattutto perché essa dava luogo in un primo tempo a un giudizio sulla nullità (*iudicium rescindens*) che, se positivo, portava a pronunciare l'annullamento: e soltanto in un secondo momento poteva dar luogo, dinanzi allo stesso giudice o dinanzi a un giudice diverso, a un nuovo giudizio sul merito (*iudicium rescissorium*), conseguente all'annullamento. Più anticamente si insegnava che il giudice della querela di nullità si dovesse limitare ad annullare la sentenza viziata da *error in procedendo*, « *cassare sententiam, reservato iure apte agendi* »; ma successivamente, « *ne gaudeant cavillosi advocati qui frequenter conantur per talis nullitatis effectum... causam reducere ad pristinum statum, ut habeant novum salarium* », si cominciò ad insegnare che anche la querela di nullità aveva effetto devolutivo, « *devolvit negotium ad cognitionem iudicis superioris ad instar appellationis* », onde poteva darsi che il giudice, annullata la prima sentenza, pronunciasse al posto di essa un'altra perfettamente identica nel contenuto, condannando però la parte definitivamente vincitrice nel me-

(6) Cfr. PROVINCIALI, *Impugnazioni*, pag. 27.

(7) Allo studio di questa evoluzione furono dedicati i cap. VIII, XII del I volume della mia *Cassazione* (1920).

rito a pagare le spese della sentenza annullata (8). La differenza tra *appellatio* e *querela nullitatis* era dunque essenzialmente questa: che mentre nell'appello il giudice affrontava subito il giudizio di merito, senza fermarsi ad indagare se la sentenza appellata fosse *in procedendo* regolarmente costruita, nella querela di nullità la cognizione del giudice *ad quem* aveva come primo oggetto il vizio della sentenza impugnata, non il merito; e non si estendeva al riesame del merito se non quando il *iudicium rescindens* sul vizio avesse avuto esito positivo.

Ora, nel diritto vigente, questa differenza di struttura tra appello e querela di nullità nella massima parte dei casi non sussiste più: perché, anche se la sentenza è viziata da una di quelle irregolarità formali che producono « annullabilità » (nel senso dell'art. 161), il giudice d'appello entra direttamente a conoscere del merito senza bisogno di passare attraverso la fase preliminare del *rescindens*. In verità, data la struttura del nostro giudizio d'appello in cui la sentenza di primo grado, anche se formalmente regolare e valida, nasce però in una situazione di pendenza e si potrebbe dire di fluidità, che lascia aperto al giudice d'appello il riesame del merito senza bisogno di dimostrare che la sentenza di primo grado è nulla, l'indagine sulla nullità formale perde di solito ogni interesse, e tutto l'interesse si concentra nel vedere se la sentenza di primo grado sia giusta o ingiusta nel suo contenuto. In questi casi si può veramente dire che l'indagine sulla nullità è assorbita dalla indagine sulla ingiustizia (9) e che l'appello che fosse fondato soltanto su motivi di annullabilità della prima sentenza, senza gravarsi contemporaneamente della sua ingiustizia nel merito, sarebbe privo di interesse.

Vi sono tuttavia alcuni casi, specificamente indicati dalla legge, in cui l'appello, pur conservando questo nome, ha la struttura di una vera querela di nullità: anzi di una querela di nullità priva di effetto devolutivo, sulla quale il giudice d'appello altro non può fare, se la ritiene fondata, che « *cassare sententiam, reservato iure apte agendi* ». Sono i casi previsti dagli artt. 353 e 354, nei quali il giudice di appello, se riconosce che la sentenza di primo grado è nulla per difetto di giurisdizione (art. 353), ovvero per nullità della citazione introduttiva o per difetto di contraddittorio (art. 354), si limita ad annullar la sentenza senza entrare a decidere il merito, e a rimettere, per la decisione del merito, dinanzi al competente giudice di primo grado (ma si può verificare in alcuno di questi casi, quantunque la legge espressamente non lo dica, anche un annullamento *senza rimessione*, simile

(8) *Cassazione*, I, pagg. 175-178.

(9) CARNELUTTI, *Istituz.*, n. 379, pag. 351; PROVINCIALI, *Impugnazioni*, pagg. 120-121.

alla cassazione senza rinvio dell'art. 382: quando per es. il giudice d'appello annulla la sentenza appellata per difetto di giurisdizione di tutti i giudici italiani). Questo, quantunque si chiami giudizio di appello, è un giudizio di nullità, limitato al rescindente: qui la cognizione del giudice di appello ha per oggetto il vizio della sentenza appellata, non il merito; qui il principio secondo il quale i motivi di nullità rimangono assorbiti nei motivi di ingiustizia non è invocabile (10), perché il giudice qui deve annullare la sentenza, per il difetto processuale che la vizia, *senza curarsi di conoscere se essa sia giusta* (ma è tuttavia invocabile anche per queste nullità il principio, enunciato nell'art. 161, secondo il quale, se esse non sono fatte valere mediante appello, rimangono sanate col decorso regolare del termine per appellare).

Ma l'art. 354 ci insegna qualcosa di più: che cioè l'appello, che secondo il primo comma dell'art. 161 è il mezzo per far valere i motivi di « annullabilità » della sentenza di primo grado (cioè le nullità che, se non son fatte valere per via di gravame, rimangono sanate), può essere anche esperimentato per far valere quella nullità per difetto di sottoscrizione, che il capoverso dell'art. 161 considera come insanabile. L'art. 354 considera infatti tra i casi di rimessione della causa al primo giudice quello in cui il giudice d'appello dichiari la nullità della sentenza di primo grado « a norma dell'art. 161 secondo comma ». Qui si ha dunque un appello in funzione di azione di mero accertamento di una nullità assoluta; il che sembra far ritenere per analogia che, in tutti i casi di nullità assoluta di una sentenza di primo grado, *si possa* a scelta dell'interessato (non *si debba*) esperimentare, in luogo della ordinaria *actio nullitatis* dinanzi al giudice di primo grado, l'appello dinanzi al giudice superiore; colla differenza pratica che mentre, seguendo la via dell'*actio nullitatis*, la pronuncia del giudice competente ha efficacia meramente negativa (dichiara la nullità, e tutto finisce lì), seguendo la via dell'art. 354 l'interessato ottiene in più la rimessione al giudice di primo grado, cogli effetti dell'art. 307. La disposizione del primo comma dell'art. 161 riguarda dunque anche le nullità *assolute* (quella prevista dal capoverso, e tutti gli altri casi di nullità assoluta conosciuti, se non dalla legge, dalla dottrina e dalla giurisprudenza); ma per le nullità assolute non vale l'avverbio « soltanto » che è adoprato in quel primo comma, in quanto le nullità assolute possono esser fatte valere, se si vuole, per via di gravame; ma possono *anche*, decorso il termine per esperimentare il gravame, esser fatte valere mediante azione ordinaria di nullità.

---

(10) Andrioli, *Comm.*², II, pag. 339.

Si può dunque concludere, ponendo a riscontro l'art. 161 cogli artt. 353 e 354 cod. proc. civ., che, agli effetti della impugnazione, le nullità della sentenza si distinguono in appello in tre categorie:

a) nullità sanabili (annullabilità) che non danno luogo in appello a un giudizio separato sulla nullità (rescindente) e che rimangono assorbite nel giudizio sulla ingiustizia;

b) nullità sanabili (annullabilità), che danno luogo in appello a un giudizio rescindente, e che, ove questo resulti positivo, producono la rimessione della causa al primo giudice (artt. 353 e 354);

c) nullità insanabili che possono esser fatte valere in via di appello agli effetti previsti sub *b*, ma che, ove non siano fatte valere per questa via, possono esser fatte valere in ogni tempo mediante ordinaria azione di nullità.

4. — La querela di nullità sopravvive anche in certe figure di ricorso per cassazione.

Si potrebbe esser tentati di dire che il ricorso per cassazione è *in ogni caso* una querela di nullità: « cassare » è sinonimo di « annullare », ed è noto che storicamente il ricorso in cassazione non è stato altro che un graduale allargamento della querela di nullità dal campo degli *errores in procedendo* a certi più gravi *errores iuris in iudicando*, equiparati, per ragioni di ordine costituzionale, alle vere e proprie nullità formali (11).

Ma, nonostante questa originaria unicità di struttura, è noto che il ricorso in cassazione si è venuto differenziando, nella sua evoluzione pratica, in due figure ben distinte (12): il ricorso in cassazione fondato su *errores in procedendo*, vera e propria querela di nullità, che porta alla Corte suprema il solo rescindente con effetti esclusivamente negativi, e quello fondato su *errores in iudicando*, che devolve alla Corte, con effetti in parte positivi, anche una porzione del rescissorio.

Quando il ricorso sia proposto « per nullità della sentenza o del procedimento » (art. 360, n. 4 cod. proc. civ.), la eventuale ingiustizia del contenuto della sentenza rimane fuori dal campo di discussione; e se la Corte ritiene che il ricorso sia fondato, essa deve limitarsi ad annullare per questo motivo la sentenza denunciata, ed a rimettere la causa al competente giudice di merito (che può essere anche, in certi casi, quello di primo grado: art. 383 ultimo comma), al quale è interamente demandata, senza alcuna limitazione o vincolo, la decisione del merito. Viceversa, quando il ricorso è proposto « per violazione o falsa

---

(11) Anche su questa evoluzione, cfr. i capp. II, IX, XII, XVI, XVII del vol. I della mia *Cassazione*.

(12) *Cassazione*, II, passim.

applicazione di norme di diritto » (*in iudicando*, art. 360, n. 3), apparentemente anche qui la Corte si limita ad annullare la sentenza denunciata, rimettendo la decisione del merito al giudice di rinvio (art. 383 primo comma); ma in realtà, poiché in questo caso, nel passar la sentenza, essa deve anche enunciare il principio al quale il giudice di rinvio è tenuto ad uniformarsi (art. 384), essa esercita così un effetto positivo anche sul giudizio di merito, in quanto la nuova decisione di merito che dovrà esser pronunciata dal giudice di rinvio non è libera, ma dev'esser soltanto una specificazione ed una applicazione al caso pratico della massima di diritto prefissata dalla Corte di cassazione. Si può dunque dire che in questo caso la Suprema Corte non ha soltanto competenza sul rescindente con effetto negativo, ma ha altresì competenza con effetto positivo *sulla premessa maggiore del rescissorio.*

Quantunque la terminologia che adoprano la legge e la pratica sia identica nei due casi (in ambedue i casi si dice che la Corte « cassa », e in ambedue i casi la rimessione della causa ad altro giudice per la decisione del merito si chiama « rinvio », art. 383) è certo che le due figure sono anche strutturalmente differenti: il « rinvio » in seguito ad annullamento per *errores in procedendo* è in tutto equivalente alla « rimessione » al primo giudice che può essere ordinata dal giudice d'appello nei casi già visti dagli artt. 353 e 354: e sarebbe stato meglio che la legge avesse parlato qui di « rimessione », riservando la denominazione di « rinvio » al caso ben diverso della cassazione per *errores in iudicando.*

La differenza tra le due figure è segnata in maniera molto netta dall'art. 384, il quale precisa che l'effetto vincolante, e quindi penetrante nel rescissorio, della enunciazione del principio di diritto opera soltanto quando la Corte « accoglie il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto » e non negli altri casi (e solo nel primo caso, di conseguenza, si produce quella conservazione dell'effetto vincolante dopo la estinzione del giudizio di rinvio, che è stabilita dall'art. 393). Ma forse sarebbe stato meglio far apparire la differenza anche nella terminologia, e ammettere altresì, quando l'annullamento sia pronunciato per *errores in procedendo*, che la rimessione potesse esser fatta (come è prescritto per l'appello dagli artt. 353 e 354) anche allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza annullata.

In ogni caso, a differenza da quanto avviene nel giudizio di appello, in cassazione vi è sempre distinzione di momenti tra il rescindente e il rescissorio: la nuova sentenza sul merito non può aversi se non in quanto la strada per arrivare ad essa sia stata in precedenza sgombrata (come sempre avveniva nella *querela nullitatis*, a differenza

dall'*appellatio*) dall'annullamento della precedente sentenza sul fondamento del vizio denunciato in cassazione. In cassazione dunque, a differenza da quello che avviene di solito in appello (esclusi i casi degli artt. 353 e 354), la decisione verte sempre sul vizio della sentenza denunciata, non sul merito della causa; ma mentre, quando l'annullamento è pronunciato per *errores in procedendo*, la cognizione della Corte suprema verte *soltanto* sul vizio, e la decisione del merito passa al nuovo giudice interamente impregiudicata, quando la cassazione avviene per *errores in iudicando* la cognizione sul vizio è *insieme* cognizione sulla premessa maggiore del giudizio di merito. Si ha, per così dire, una decisione a doppio effetto: in quanto accerta il vizio denunciato (violazione di norma giuridica), ha l'effetto negativo di annullare la sentenza viziata; in quanto, nell'accertar questo vizio, enuncia l'esatto principio di diritto che dovrà esser applicato dal nuovo giudice in luogo di quello censurato, ha l'effetto positivo di preparare una delle premesse della nuova decisione.

Struttura di querela di nullità ha il ricorso in cassazione, anche quando è fondato su difetto di giurisdizione o su violazione delle norme di competenza (art. 360, nn. 1 e 2). In questi casi il difetto della sentenza denunciata può prospettarsi, secondo i casi, in modo diverso: o come *error in procedendo*, in quanto il giudice privo di giurisdizione o di competenza sia entrato a giudicare il merito di una causa che non aveva potere di giudicare, ovvero il giudice fornito di giurisdizione o di competenza abbia omesso di giudicare sul merito di una causa che aveva il dovere di giudicare; oppure come *error in iudicando*, in quanto il giudice abbia erroneamente deciso sulla questione di giurisdizione o di competenza, violando o falsamente applicando le relative norme; e potrà avvenire, in questi casi, che l'*error in procedendo* si sommi con quello *in iudicando*, come necessario effetto di questo. Qui, se non esistesse una specifica norma, si potrebbe discutere se, in caso di accoglimento del ricorso, debba avvenire la semplice rimessione senza vincolo al giudice competente, oppure il vero e proprio rinvio con effetto vincolante sul principio da adottare nella decisione della questione di competenza. Ma in proposito è dettata una norma speciale (art. 382): quando la Corte accoglie il ricorso per difetto di giurisdizione o per violazione delle norme di competenza, annulla la sentenza denunciata, e insieme « statuisce » sulla giurisdizione o sulla competenza: qui l'effetto negativo del rescindente si accoppia con l'effetto positivo della « statuizione », la quale differisce dall'effetto vincolante di cui all'art. 384, perché è una decisione specifica e concreta e non una enunciazione di massima (conclusione, si potrebbe dire, e non premessa maggiore di un sillogismo), e perché ha per oggetto una questione attinente al processo,

e non può considerarsi quindi come un primo passo sul terreno del rescissorio, che attiene al merito. La natura di querela di nullità limitata al solo rescindente appare poi in maniera tipica nei casi di cassazione senza rinvio (art. 382 ultimo comma), in cui colla sentenza di cassazione tutto è finito: qui, come dice argutamente il REDENTI, « Saturno ha divorato i suoi figli » (13).

E infine c'è da fare anche per il ricorso in cassazione una osservazione che già s'è fatta per l'appello: che cioè il ricorso può esser esperimentato, oltre che per far valere motivi di annullabilità (com'è regola), anche per far valere eccezionalmente, in funzione di mero accertamento, i vizi di nullità assoluta della sentenza d'appello (art. 161 cpv.). E si possono ripetere qui, *mutatis mutandis*, le considerazioni già fatte in proposito per l'appello.

5. — Rimarrebbe ora da trattare un punto delicato ed interessante: quello della possibilità di far valere le nullità della sentenza con mezzi di impugnazione diversi dall'appello o dal ricorso in cassazione. Ma questo è argomento che meriterebbe un esame approfondito, che ci porterebbe sul terreno, finora assai poco dissodato dalla dottrina, della concorrenza tra mezzi di impugnazione.

Qui, soltanto per integrare il quadro, mi limito a proporre alcuni quesiti, che forse potrebbero offrire agli studiosi interessanti temi di indagine.

Il problema può proporsi, in generale, così: secondo la lettera dell'art. 161 primo comma parrebbe che il principio, secondo il quale le nullità devono esser fatte valere in via di gravame, sia riferibile soltanto alle sentenze « soggette ad appello o a ricorso per cassazione » ed alla impugnazione proponibile con uno di questi due mezzi. Dal che sembra che si possano trarre queste due conseguenze: *a*) che fino a quando è aperto il termine per appellare o per ricorrere in cassazione, i motivi di nullità non possano esser fatti valere se non coll'uno o coll'altro di questi due mezzi; *b*) che quando il termine per esperimentare l'appello o il ricorso in cassazione è scaduto, i motivi di nullità (annullabilità) non possano più esser fatti valere altrimenti. Ma rimane il problema delle sentenze non soggette (o non più soggette) ad appello o a ricorso per cassazione, contro le quali però siano esperimentabili altri mezzi di impugnazione (revocazione, opposizione di terzo, regolamento di competenza): potranno servire questi altri mezzi di impugnazione, in mancanza di appello o di cassazione, a far valere i motivi di nullità, e quindi ad assumer anch'essi funzione vicaria, si potrebbe dire, della querela di nullità? Il problema è visto dal CAR-

(13) *Diritto processuale civile*, II, 1949, pag. 142.

NELUTTI (14), il quale sembra risolverlo in senso affermativo quando insegna che il principio dell'art. 161 « non è affatto limitato come apparirebbe dalle prime parole dell'articolo: neppure di una sentenza, contro la quale non è ammesso né il giudizio d'appello né quello di cassazione, la nullità può esser fatta valere se non attraverso le *altre impugnazioni consentite dalla legge* ». Ed esemplifica: « ove, ad esempio, se ne sostenga la nullità a cagione di dolo o di errore del giudice, tale nullità non potrà esser dichiarata se non mediante il giudizio di revocazione ». Secondo il CARNELUTTI, dunque, l'art. 161 significa che « fuor dai casi di nullità insanabile o inesistenza niun vizio della sentenza può esser dedotto se non in quanto ne sia ammessa l'impugnazione »; ma non significa che questa impugnazione debba essere necessariamente l'appello o il ricorso in cassazione, ed ammette quindi la possibilità che i vizi della sentenza che ne producano la annullabilità possano esser fatti valere con *mezzi di impugnazione diversi da quei due menzionati dall'art. 161.*

Questo insegnamento mi lascia perplesso.

a) In quanto al regolamento di competenza, il problema non sorge quando si tratta di regolamento facoltativo (art. 43) perché qui, trattandosi di sentenza che, per aver pronunciato sulla competenza insieme col merito, « può essere impugnata coll'istanza di regolamento di competenza oppure nei modi ordinari », mi pare evidente che chi vuole impugnarla per motivi di nullità diversi dalla incompetenza, dovrà, in obbedienza al disposto dell'art. 161 (rientrando essa appunto tra le sentenze « soggette ad appello o a ricorso per cassazione »), impugnarla « nei modi ordinari ». Meno chiaro è il caso quando si tratta di regolamento *necessario* (art. 42): cioè di sentenza che, non avendo deciso il merito della causa, « può essere impugnata soltanto con istanza di regolamento di competenza ». Facciamo l'ipotesi che la sentenza di primo grado, che ha pronunciato sulla competenza senza decidere il merito, sia viziata da una di quelle nullità del procedimento, che, se fossero dedotte in appello, porterebbero, secondo l'art. 354, all'annullamento della sentenza e alla rimessione della causa al giudice di primo grado: per far valere una di queste nullità si dovrà per forza servirsi del regolamento di competenza alla Corte di cassazione, o si potrà appellare *ex capite nullitatis* al giudice di secondo grado? Riterrei preferibile questa seconda soluzione (specialmente se il giudizio sulla nullità abbia carattere di precedenza logica di fronte a quello sulla competenza: come sarebbe, per es., nel caso di nullità della citazione introduttiva di primo grado) quantunque la lettera

---

(14) *Istituz.*, I, n. 379 cit.

dell'art. 42 sembri opporvisi: perché mi pare che la struttura abbreviata e sommaria del procedimento di regolamento di competenza sia preordinata soltanto al giudizio preliminare sulla competenza e non si presti a far le veci del procedimento ordinario di cognizione su motivi di impugnazione diversi dalla incompetenza.

b) In quanto alla revocazione, mi par di potere senz'altro escludere ch'essa possa servire a far valere motivi di nullità. La revocazione è esperimentabile contro sentenze « pronunciate in grado d'appello o in unico grado » (art. 395) oppure contro le sentenze di primo grado « per le quali è scaduto il termine d'appello » (art. 396): cioè contro sentenze che in origine erano soggette ad appello (art. 396) o a ricorso in cassazione (art. 395). Si tratta dunque di sentenze tipicamente rientranti nell'ipotesi espressa dell'art. 161: la nullità avrebbe dovuto esser fatta valere mediante appello o mediante ricorso in cassazione, finché la via per questi mezzi ordinari era aperta: colla preclusione di questi mezzi quelle nullità debbono intendersi sanate, cioè non più rilevabili, e quindi non è più possibile farle valere in un momento successivo con un mezzo di impugnazione diverso. D'altra parte la revocazione è mezzo di carattere speciale, non generale, esperimentabile cioè soltanto per vizi tassativamente indicati dalla legge (art. 395): tra quei vizi non è compresa la nullità per *error in procedendo*, che invece può esser fatta valere coll'appello, perché è un mezzo generale, e col ricorso in cassazione, perché la legge (art. 360 n. 4) espressamente considera tra i motivi di cassazione le nullità della sentenza e del procedimento.

L'unica ipotesi che può lasciare qualche dubbio (e alla quale probabilmente ha voluto riferirsi il Carnelutti, quando ha affermato che mediante la revocazione può essere fatta valere la nullità « a cagione di dolo o di errore del giudizio »), è questa: che la sentenza, contro cui non sia più aperta né la via dell'appello né quella del ricorso in cassazione, sia viziata da una nullità (*error in procedendo*) che sia effetto di uno di quegli elementi perturbatori del giudizio (dolo, o falsità, o recupero di documenti) che l'art. 395 considera tassativamente come motivi di revocazione, esperimentabili (art. 396) anche dopo che sia scaduto il termine per appellare o per ricorrere in cassazione. Il dolo della parte, o la falsità o il recupero delle prove, che l'art. 395 considera come elementi perturbatori del giudizio di merito, possono operare, prima che sulla cognizione del merito, sulla costruzione del processo e su quella preliminare indagine intorno alla regolarità del processo che il giudice deve sempre compiere prima di entrare a decidere il merito: e può accadere che proprio a causa di questo dolo della parte o di questa falsità, il giudice sia stato indotto a commettere o a non rilevare una nullità che altrimenti, senza quel dolo o quella

falsità, sarebbe stata evitata. Ora, in siffatti casi, il problema è questo: quando la nullità per *error in procedendo* ha la sua radice in uno di quei vizi della cognizione che, se avessero causato la decisione del merito, avrebbero potuto dar luogo a revocazione, si dovrà in questo caso ritenere che si possa anche qui servirsi della revocazione per far dichiarare la nullità che è stata effetto di uno di quei vizi?

A risponder di sì m'indurrebbe il considerare che, se la nullità non è stata fatta valere mediante l'appello o mediante il ricorso in cassazione finché era aperta la via per esperimentare questi rimedî, ciò è avvenuto perché non si erano ancora scoperti quel dolo o quella falsità o quei documenti non prodotti in tempo, dalla cui tardiva conoscenza è stato possibile accorgersi della nullità.

Ma a risponder negativamente mi induce un'altra considerazione che mi pare debba aver la prevalenza. La revocazione è costruita come un mezzo straordinario che permette eccezionalmente allo stesso giudice che ha pronunciato una sentenza, di rientrare a esaminare nel rescissorio il *merito* della sua sentenza, purché nel rescindente egli abbia accertato che la decisione di *merito* (cioè la decisione sul rapporto sostanziale controverso) sia stata viziata da uno di quegli elementi perturbatori che la legge considera motivi di revocazione. Ma qui, se si ammettesse che la revocazione potesse essere adoprata in funzione di querela di nullità, oggetto del rescindente sarebbe non la decisione sul rapporto sostanziale, ma l'attività processuale e il giudizio sul rapporto processuale: e si verrebbe così a violare il principio della necessaria corrispondenza ed omogeneità di oggetto tra rescindente e rescissorio (15), in forza del quale il riesame del merito è ammissibile nel rescissorio solo nei limiti in cui nel giudizio rescindente si è accertato che il vizio denunciato abbia avuto efficacia causale sul contenuto della sentenza, cioè sulla decisione del rapporto sostanziale, non sulla struttura del rapporto processuale. Tutto questo non sarebbe più vero, quando (come nell'ipotesi che qui facciamo) il giudizio rescindente dovesse servire ad accertare non un vizio del contenuto della sentenza, ma solo un vizio intervenuto nella costituzione del processo, che porterebbe nel rescissorio non ad un parziale riesame del merito (cioè del rapporto sostanziale nei limiti del vizio riconosciuto causale nel rescindente) ma addirittura ad una decisione *ex novo* di tutta la causa, resa necessaria dall'annullamento totale, per motivi meramente processuali, della sentenza.

c) A problemi ancor più delicati dà luogo l'opposizione di terzo. Il terzo, legittimato ad impugnare la sentenza che pregiudica i suoi

---

(15) Redenti, *op. cit.*, II, pag. 162.

diritti, può far valere con questo mezzo la nullità della sentenza, anche se, nei confronti delle parti, questa deve considerarsi sanata in forza del primo comma dell'art. 161? Il problema si presenta negli stessi termini anche per la opposizione revocatoria del capoverso dell'art. 404? Quale sarà, nei confronti delle parti, l'effetto di questo annullamento ottenuto dal terzo? Perderà efficacia anche nei confronti delle parti la preclusione della impugnazione per nullità, che già fosse intervenuta tra loro in base all'art. 161?

Sono domande, queste, a cui non si potrebbe rispondere se non approfondendo la natura, lo scopo e gli effetti della opposizione di terzo nelle sue due figure: e qui basti avervi accennato.

6. — Questo esame panoramico dei diversi casi nei quali nel vigente processo civile si può ritrovare, sotto nomi diversi, la struttura e la funzione dell'antica *querela nullitatis*, mi pare che autorizzi una conclusione positiva.

La querela di nullità in realtà non è stata abolita: essa, geniale creazione del nostro diritto statutario, ha lasciato nel sistema dei mezzi di impugnazione tracce durevoli e profonde, che permettono, riconoscendo e riaccostando gli elementi di questo istituto oggi dispersi in norme eterogenee e distanti, di ritrovare e di ricostruire la sua fisionomia: come fanno gli archeologi, che mettendo insieme frammenti recuperati da diversi campi di scavo, riescono con pazienza a far rivivere la statua.